



جامعة مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون الأساسي الخاص

**العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه
(دراسة مقارنة)**

تحت إشراف الأستاذة:

قماري نضرة بن ددوش

من إعداد الطالبة:

لعروي زواوية

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة مستغانم	أستاذ	مزيان محمد أمين
مقررا	جامعة مستغانم	أستاذة محاضرة أ	قماري نضرة بن ددوش
مناقشا	جامعة مستغانم	أستاذ	بن عزوز بن صابر
مناقشا	جامعة مستغانم	أستاذة محاضرة أ	زهدور كوثر
مناقشا	جامعة وهران	أستاذ محاضر أ	قمرابي عز الدين
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر أ	بوكعبان عكاشة

السنة الجامعية: 2017 / 2018

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ:

" قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم "

صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية 32.

كلمة شكر:

الحمد لله رب العالمين، أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون، وأصلي وأسلم على النبي الأمين نبي الرحمة وعلى آله وأصحابه الهداة البررة، وعلى من اتبع سنته واخطأ خطاه وسلم تسليما كثيرا.

أما بعد:

الشكر لله أولا، ثم الشكر الجزيل لكل من أخذ بيدي وشد من أزري في سبيل إنجاز هذه الرسالة المتواضعة، وأخص بالذكر "الأستاذة الدكتوراه قماري نضرة بن ددوش" لما قدمته لي من نصح وجهد ومعرفة طيلة إنجاز هذه الرسالة، كما أتوجه بالشكر إلى جميع أعضاء لجنة المناقشة لما خصصتموه لي من وقت لقراءة ومناقشة هذه الأطروحة، وكافة الأساتذة بكلية الحقوق بمستغانم الذين أمروني بالعلم والمعرفة طيلة سنوات الدراسة.

دون أن أنسى جميع طلبة الكلية بدون استثناء، وأتمنى لهم مستقبل زاهر إن شاء الله، وخير ختام هي أن نسأل الله سبحانه وتعالى أن يقبل منا عملنا هذا ويبارك لنا فيه، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وآخر دعوانا هي الحمد لله رب العالمين.

إهداء:

أهدي ثمرة سنين الدراسة والمثابرة إلى والدي العزيزين اللذان أنارا دربي ودعماني
في جميع خطوات الحياة.

إلى من تحمل معي عبء هذه الرسالة من جهد وعناء إلى رفيق حياتي زوجي الغالي.
إلى نسيم صباحي أخواتي وأخي .

إلى رموز الصداقة والإخلاص صديقاتي اللاتي قاسمنني الحلوة والمرارة أثناء الدراسة.

زواوية

1- قائمة المختصرات باللغة العربية:

ط -	طبعة
ج -	جزء
ص -	صفحة
- د.د.ن	دون دار النشر
- د.س.ن	دون سنة النشر
- د.ط	دون طبعة
- ج.ر	جريدة رسمية

2- قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

- D.M	Data messages
- U.M.L	Unified model law
- R.C	Remote communications
- R.C	Remote contract
- U.C.C	Uniform commercial code
- D.C	Distance contracts
- I.E	Intelligent equipments
- C.H	Contrat d'hébergement
- E.D	Edition
- D.R	Déclaration rule
- L.C.E.N	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
- O.D.C	Organisation de défense du consommateur
- P	Page

مقدمة:

إن عالم الاتصال تطور بشكل غريب، وأمكن للإنسان اعتمادا على المنهج الرقمي، أن ينفي معنى الزمان والمكان والحدود، وينقل المعلومة على أية نقطة في العالم، صورة وصوتا ونصوصا بطريقة تفاعلية، وأهم دليل هو بروز شبكة المعلومات الدولية أو ما يعرف بالانترنت¹.

الانترنت تثير ثورة كبرى في مجال الاتصال وتبادل المعلومات²، وتعتبر من أهم التقدّمات التكنولوجية، لأنها تمثل حاليا المرحلة الأكثر تقدما من التطورات التكنولوجية التي من شأنها تحقيق التجارة عن بعد، وعلى وجه التحديد هي عبارة عن شبكة عالمية لديها مجموعة من الشبكات الوطنية والإقليمية³، فتكنولوجيا المعلومات هي تكنولوجيا جديدة وحديثة للمعلومات والاتصالات⁴.

والعصر الحالي يشهد تقدما ملحوظا وثورة واسعة في مجالات أنظمة المعلومات، وهذه الثورة انعكست على جميع أنظمة الاتصالات، لأن هذه الأخيرة في بدايتها كانت تعتمد على التلفون ثم الفاكس والتلكس، ثم بعدها مباشرة ظهر الكمبيوتر بماله من مقدرة على تقبل كما هائلا من البيانات وتخزينها ثم استرجاعها عند الحاجة إليها، أما في المرحلة الموالية فقد تم تمكين الربط بين أجهزة الحاسب الآلي من خلال شبكة دولية للاتصالات، مما أتاح تبادل المعلومات بين تلك الأجهزة⁵.

¹- كوثر ماركسي، الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع (DOMAIN NAME)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03 / 2008، الجزائر، ص 299.

²- François CHARLET, Responsabilité en droit d'auteur des intermédiaires: de l'hébergeur aux plateformes interactives, mémoire présenté pour l'obtention de la maîtrise universitaire en droit, université de Lausanne, faculté de droit et des sciences criminelles, juin 2012, suisse, p01.

³- Alioune DIONE, le droit douanier à l'épreuve des réseaux informatiques "le défi du commerce électronique", Edition ITCIS, Alger, décembre 2008, p 09.

⁴- André LUCAS, Jean DEVEZE et Jean FRAYSSINET, droit de l'informatique et de l'internet, Thémis "droit privé", paris, novembre 2001, p 15.

⁵- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أحكام عقد العمل عن بعد، مكتبة القانون والإقتصاد، المملكة العربية السعودية (الرياض)، ط01، 2014، ص 11.

فالعقد المبرم عن بعد هو كل بيع للممتلكات أو تقديم خدمة، دون وجود فعلي في مكان واحد للطرفين (المستهلك والتاجر) من أجل إبرام العقد، وذلك باستخدام واحد أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد¹، فالعقد الإلكتروني يثير صعوبات قانونية مختلفة².

بهذا نجد أن الواقع فرض نفسه تلقائياً من خلال التعاملات المختلفة بين الأفراد، كأداة بواسطتها يمكن لأي طرف الذي يريد التعاقد وهو جالس في مكانه أن يحصل على ما يريد، دون تكلفة سوى الضغط على أزرار توصله بالطرف الآخر، في نفس الوقت واللحظة مهما بعد المكان بينهما³.

هذا ما يطلق عليه بالتجارة الإلكترونية التي تعتبر نشاط اقتصادي، الذي من خلاله يقدم شخص ما أو يضمن عن بعد وإلكترونيا توريد وتوفير السلع وتقديم خدمات⁴، وهي تمثل أيضاً واحد من موضوعي ما يعرف بالاقتصاد الرقمي/التقني⁵، وهي تعتبر من بين المواضيع التي تحدث عنها الكثير من المؤلفين والفقهاء، بحيث قدموا أبحاث لتحديد من جهة مدى التطور التكنولوجي في ضوء التطورات التكنولوجية، ومن جهة أخرى تحديد التعريف والأسس والطبيعة القانونية نتيجة الازدواج بين صفقة تجارية دولية والتجارة الإلكترونية⁶.

عليه أصبحت عقود التجارة الإلكترونية تيرم بين دول مختلفة عبر العالم بطريقة سهلة، رغم البعد المكاني بين الأطراف المتعاقدة، وهذا ما دفع مختلف دول العالم إلى وضع إجراءات قانونية وتقنية، بهدف تحديد وتعيين مسؤولية كل طرف من هؤلاء الأطراف المتعاقدة.

¹- Marielle MARTIN, Revue française comptabilité, les contrats a distance (quelles conséquence juridiques?), n 349 / 2002, France, p 14.

²-Zlinabou Abdou GOUROUZA MAGAGI, la vente électronique dans les espaces **UEMO, CEDEAO** et **OHADA**, revue de **ERSUMA** " droit des affaires pratique professionnelle, numéro0 4_septembre 2014, p 16.

³- حسن محمد محمد بوى، التعاقد عبر الانترنت (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الاسكندرية)، د.ط، 2015، ص 07.

⁴- loi n 2008-08 sur les transactions électronique en france, p07.

⁵- يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر (القاهرة)، ط01، 2011، ص 161.

⁶- Kamel MEHDAOUI, la formation du contrat électronique international: le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maitrise en droit international, université du Québec a Montréal, mars 2010, p01.

فمقدم الخدمة الالكتروني يجب عليه أن يسمح للجهات أو السلطات الوصول إلى عدد من المعلومات الشخصية مثل : الهوية، العنوان، الأعمال، معلومات الاتصال بهم، رقم تسجيل السجل التجاري إذا كان لديهم، بالإضافة إلى معلومات مختلفة حول اللقب المهني مثلا، لأن هذا الأخير ضروري لممارسة نشاطهم¹.

بهذا نجد أن مقدم الخدمة الالكتروني تترتب عنه مسؤولية مدنية، وفقا لسلطة الرقابة التي كانت لديه على المعلومات والنشر، فمورد الخدمة والمهنيين إذن يتحملوا المسؤولية التعاقدية وأيضا المسؤولية التقصيرية، نتيجة معلومات خاطئة أو غير كاملة².

إن المسؤولية المدنية بصفة عامة تعتبر من أعقد فروع القانون المدني وأكثرها صعوبة، وقد زادت نزاعاتها في الفترة الأخيرة بدرجة ملحوظة نتيجة لامتداد العمران، والحالة الاقتصادية التي يعاني منها الناس، وما صاحب كل ذلك من مشاكل جمة³.

المسؤولية المدنية تعتبر أيضا من أهم الموضوعات التي تتطلب معرفتها بالتفصيل والدقة لتحديد حالات قيامها.

تقسم المسؤولية المدنية بشكل عام بالنظر إلى مصدرها: إلى مسؤولية عقدية وهي المسؤولية التي تنشأ عن إخلال بالتزام تعاقدي، وتقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومسؤولية تقصيرية تقوم على الفعل والضرر وعلاقة السببية، وتنشأ هذه المسؤولية عن قيام الشخص بإلحاق الضرر بالغير بفعله.

¹- Claude BOURGEOS, l'anonymat et les nouvelles technologies de l'information, thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université paris v_rene des cartes U.F.R de droit, présentée et soutenue publiquement le 24 septembre 2003, paris, p197.

²-Alioune DIONE, op.cit, p148.

³- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشوارمي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د.د.ن، مصر (الاسكندرية)، ط07، 2000، ص 01.

ومحل المسؤولية على اختلاف أنواعها هو إصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام، وذلك عن طريق الحكم بالتعويض، لذلك نجد أن التعويض هو الغاية التي يرغب رافع الدعوى بالوصول إليها، وهذا لا يتحقق إلا في حالة قيام مسؤولية الطرف المخل¹.

تبرز أهمية هذا البحث من حيث أنه موضوع حديث لا يزال وليد النشأة، ولم يستوفي حقه بالبحث والدراسة أسوه بالموضوعات القانونية الأخرى، فالدراسات التي تناولت هذا الموضوع لا تزال قليلة ومحدودة في الجزائر.

وما يزال الجدل قائماً حتى الآن حول وضع حلول ملائمة لمشكلة العقد الإلكتروني والآثار المترتبة عنه، لذلك فقد آن الأوان لإعادة النظر في القواعد القانونية السارية المفعول في كل دولة، إما بتعديلها تشريعياً أو بتغيير مفهومها عن طريق مرونة التفسير الذي يتفق وطبيعة المنازعات التي تثور في حقل التجارة الإلكترونية.

أما عن الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، فهي كثيرة ومتنوعة تتمثل في:

- ارتأينا أن تكون دراستنا في هذا المجال، كونه استحوذ على اهتمامنا الشخصي، فهذا الموضوع يشكل تحدياً بالنسبة لنا طلاب أساتذة قضاة ومحامين، ويحتاج إلى رصد كل التشريعات سواء الوطنية أو الدولية أو الوطنية للدول الأخرى المتقدمة في هذا المجال، وإن موضوع العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه كأى موضوع يبحث، لا بد له من مقدمات لتوضيح المفاهيم والمعاني والأدوات، فلا يمكن لنا في هذه الدراسة من التطرق لهذا الموضوع من الناحية القانونية رأساً دون بسط التمهيد والتسهيل، حتى يتمكن القارئ العادي من فهم كل مدلول أو معنى يرد في أي نص قانوني.
- غموض مفهوم العقد الإلكتروني، بحيث لا يزال تعريفه محل جدل كبير لدى فقهاء القانون، وهو ما انعكس سلباً على مفهومه لدى التجار والمستهلكين، وهذا ما يتطلب منا تحديد مفهوم العقد الإلكتروني بدقة.

¹ - كميث طالب بغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان - المسؤولية الجزائية والمدنية - دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 01، 2008 و 2009، ص 35.

- إزالة التخوف والتردد الذي يعتري التجار والمستهلكين في الدول النامية من التعامل بالتجارة الإلكترونية، وذلك لنقص الثقافة القانونية، وافتقار غالبية هذه الدول لتشريعات تنظم العقد الإلكتروني، وعدم توفر البنية التحتية اللازمة لإجراء هذه التعاملات بطريقة آمنة.

- توضيح الاختلاف بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني، لأن هناك العديد من أوجه التشابه والاختلاف بين العقد بمفهومه التقليدي ومفهومه الإلكتروني، سواء فيما يتعلق بمرحلة إبرامه أو فيما يتعلق بمسائل الإثبات، وأيضاً فيما يخص الآثار القانونية المترتبة عنه.

ومن الفوائد العملية المرجوة لدراسة هذا الموضوع هو إلقاء الضوء على واقع العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، وذلك من خلال البحث عن المشاكل القانونية التي تثيرها هذه العقود الإلكترونية، والآثار القانونية المترتبة على تنفيذها.

ومن الصعوبات العملية التي صادفتنا أثناء دراسة هذا الموضوع تتمثل في:

- نظراً لكثرة الدراسات والأبحاث في هذا المجال، غير أننا عانينا في هذا الأمر، فلا نجد في حقيقة الأمر أمهات للكتب التي تختص في هذا الموضوع، وربما في المستقبل قد تنفتح آفاق لعرض المزيد من الدراسات والأبحاث لتكون في حصيللة الأمر مراجع قد تكون زاخرة بما تحتويه من معلومات وتجارب.

ولا ننكر أن المؤتمرات والندوات وورشات العمل في الدول الأجنبية المختلفة التي تعقد لبحث العقود الإلكترونية والمسؤولية المدنية الناتجة عنها، تكون هي الدافع والمحرك لعرض التجارب وتبادل الأفكار وطرح الدراسات والأوراق وعرض التشريعات المختلفة في دول عديدة.

وبهذا على قوانيننا المحلية، وبحكم أنها وضعية تحتاج إلى التغيير والتعديل، وفي بعض الأحيان الاستنباط لتناسب الاحتياجات والاختراعات والاكتشافات، فلا يمكن أن نكون في عصر حل به هذا التقدم، ونحن مازلنا لا نعرف ما هو العقد الإلكتروني، وما هي المسؤولية المدنية الناتجة عنه.

- قلة الأبحاث والمراجع باللغة العربية، حيث أنه رغم وجود بعض الدراسات التي عالجت موضوع العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، إلا أنها كانت في

غالب مكررة لما سبق تناوله، ولم تتعرض للمستجدات الحاصلة في مجال التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني.

- حداثة الموضوع نوعا ما، خاصة في بلادنا.
- التطورات المستمرة التي تتطلب المتابعة الدقيقة والمتأمله.
- الجدل الفقهي المستمر حول الكثير من المسائل التي تناولناها في بحثنا المتواضع هذا.

ونظرا لخصوصية الموضوع وأهميته، وتشعب القضايا التي يتطرق لها، فقد اعتمدنا على عدة مناهج علمية متكامل فيما بينها، بهدف الإلمام بمختلف جوانب الموضوع، اعتمدنا على المنهج القانوني التحليلي في سبيل استعراض مختلف الاتفاقيات الدولية، القوانين النموذجية والتشريعات الوطنية، وجهود المنظمات الدولية المتعلقة بموضوع البحث، وتحليل الأسباب التي دعت إلى صدورها، والأهداف التي تدعو إلى تحقيقها.

تعرضنا أيضا للمنهج الوصفي في هذه الدراسة، والمتمثل في وصف وتفسير المستجدات الراهنة، والتي أثرت في حياة الأفراد والمجتمعات، وأحدثت تغييرات عميقة حتى أفرزت لنا هذه الثورة المعلوماتية مولودا جديدا يعرف بالعقد الإلكتروني، وقفزت بنا عبر مسافات لا تحدها الحدود الجغرافية، وبذلك أصبح العالم قرية صغيرة يمكن لأي شخص أن يحاور ويبرم تصرفا مع شخصا آخر في أي مكان في العالم في لحظات من خلال الحاسب الآلي، بالاستغناء كلية عن استخدام الورق في تعاملاته.

ثم تطرقنا إلى المنهج المقارن من خلال المقارنة بين أحكام مختلف التشريعات التي نظمت معاملات التجارة الإلكترونية الوطنية والدولية من جهة، وبيان أوجه التشابه والاختلاف بين أحكام هذه التشريعات، والقواعد العامة القائمة من جهة ثانية.

فلا شك أن هناك تساؤل يبرز العديد من المشاكل القانونية والعملية المتعلقة بالموضوع، هل خصوصية هذا العقد وكونه يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة الإلكترونية، تجعله في حاجة إلى قواعد جديدة تعطيه الحجية القانونية الكاملة سواء كأداة لانعقاد العقد أو إثباته؟، وما

مدى كفاية القواعد العامة في القانون المدني لتأطير المسؤولية المدنية المترتبة عن هذا الصنف المستحدث من العقود؟.

وفي سبيل الإجابة على هذه الإشكالية، قسمنا هذه الدراسة إلى بابين:

الباب الأول: يشمل العقد الإلكتروني، وذلك من خلال توضيح النظام القانوني للعقد الإلكتروني، وحجته في الإثبات والتنفيذ.

الباب الثاني: يشمل المسؤولية المدنية الإلكترونية، الذي يقتصر بدوره على المسؤولية المدنية بمحوريها التعاقدية والتقصيري، وذلك من خلال التطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على نشوء كل منهما على حدا.

الباب الأول: العقد الإلكتروني.

أصبح العالم يشهد تطوراً سريعاً في الوقت الراهن في مجال المعلوماتية، التي بدورها تكون مؤثرة على البنية الأساسية العالمية للمعلومات، وذلك في جميع ميادين الحياة سواء من التعليم إلى العمل وسواء من الترفيه إلى التجارة، لأن هذا التحول يتجسد بشكل واسع وكبير من خلال الأداة الوحيدة المتمثلة في الانترنت، وهذه الأخيرة قامت بإيجاد نماذج جديدة وحديثة للتفاعل التجاري، وذلك بدخول المؤسسات والمستهلكين إلى السوق الإلكترونية¹.

وبدأت العقود تتطور بطريقة سريعة وبصفة مستمرة، مما أدى إلى ظهور عقود جديدة من خلال الثورة المعلوماتية التي سادت في معظم مناطق العالم، وأصبحت هذه المعلومات تشكل الجهاز العصبي لمختلف المجتمعات من خلال التغيرات التي مست نظامها وبنيتها القانونية، ونتيجة لهذا أصبحت مختلف الدول تتعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة (الانترنت)².

فالعقود الإلكترونية أصبحت تنمو بشكل متزايد ومستمر جعلها تمثل عدد كبير من حجم التجارة الداخلية والدولية، وأصبحت بعض المنشآت التجارية العالمية ترفض التعامل مع أي متعاقد لا يستخدم التعاقد الإلكتروني أو التبادل الإلكتروني للبيانات³، والذي أصبح يحدث في سوق الانترنت هو إمكانية الحصول على خدمات من مختلف بلدان العالم⁴.

إن إبرام العقد الإلكتروني عن طريق شبكة الانترنت أمر مهم ومهم في كثير من الحالات، مما أدى إلى طرح تساؤلات كثيرة باعتبار أن شبكة الانترنت يتم استعمالها من طرف الجميع، وهذا ما أدى إلى عجز كبير في حل معظم المشكلات التي تحدث من خلال إبرام هذه العقود، وخاصة إذا تم هذا الأخير على المستوى الدولي⁵.

1_ أحمد باشي، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 13 - العدد 2003/02، الجزائر (حيدرة)، ص 65.

2_ فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر (عين مليلة)، د.ط، 2009، ص 07.

3_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، ط1، 2008، ص 69.

4_ Michelle JEAN- BASTISTE, Créer et exploiter un commerce électronique, Edition Litec, Paris, 1998, P 98.

5_ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 2006، ص 07.

كما أن شبكات الإنترنت هي التي ساهمت في تحقيق الوجود الفعلي للتجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني أو العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت وفقا لتقرير " **the industry standard** "، وعليه هناك نموا كبيرا ومتطورا ومطرورا قد تحقق في سوق خدمات الإنترنت، وأصبحت العديد من الدول المتقدمة تتعاقد عبر شبكات الاتصال عن بعد¹، فالتعاقد الإلكتروني أصبح يعد من أهم الأمور استحداثا في عقود التجارة الإلكترونية، والتي نقصد بها تعاقد المتعاقدين عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة².

والعقد المبرم عبر إحدى وسائل الاتصال الإلكترونية يتميز بالطريقة التي ينعقد بها الأمر الذي أعطى مفهوما جديدا للتعاقد عبر هذه الوسائل، ولهذا سنطلق على التعاقد بإحدى وسائل الاتصال الإلكترونية مصطلح التعاقد تمييزا له عن التعاقد التقليدي الذي يتم بالوسائل التقليدية المعتادة³.

فالعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث مضمونه أو مجالاته، وإنما يظهر الاختلاف في الطريقة التي ينعقد بها كل عقد من جهة، والطريقة التي يثبت وينفذ بها من جهة أخرى، لأن شبكة الانترنت تتيح أيضا انعقاد العقد الإلكتروني في بعض الحالات⁴، هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مفهوم العقد الإلكتروني من خلال بيان خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود، ثم التطرق إلى طرق انعقاده وكيفية إثباته وتنفيذه.

لهذا سنعالج في هذا الباب دراسة العقد الإلكتروني، بحيث نحدد النظام القانوني للعقد الإلكتروني في الفصل الأول، ومن ثم التعرض إلى حججه في الإثبات والتنفيذ في الفصل الثاني.

1_ جوهري بن رجدة، الأعمال الإلكترونية كدعامة للحكومة الإلكترونية في العالم العربي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2010/04، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ص 380 و381.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 21.

3_ منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25. العدد 2009/02، مصر، ص 825.

4_ لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2012، ص 39.

الفصل الأول: النظام القانوني للعقد الإلكتروني.

أدى التقدم التقني والتكنولوجي إلى ظهور مجموعة من الوسائل الإلكترونية المتمثلة في جهاز التلكس أو الفاكس أو الهاتف أو جهاز الكمبيوتر... الخ.

إن العقود الإلكترونية إذن تبرم بإحدى الوسائل المذكورة أعلاه، وبالتالي فإن دراستنا ستركز حول العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق الانترنت، لانتشارها وكونها آخر التطورات العلمية حالياً في نقل المعلومات والخدمات من جهة لأخرى ومن بلد لآخر¹، هذا ما يدفعنا إلى البحث عن ماهية العقد الإلكتروني من خلال بيان أوجه الخصوصية فيه، وتوضيح كيفية انعقاده عن بعد بهدف وضع هيكل خاص به².

وعليه سندرس في هذا الفصل النظام القانوني للعقد الإلكتروني، وذلك من خلال تقسيم دراستنا إلى مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه ماهية العقد الإلكتروني، أما المبحث الثاني تناولنا فيه انعقاد العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني.

إن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني تظهر في الوسيلة التي ينعقد بواسطتها هذا العقد، أي في الجانب الإلكتروني له.

بالرجوع إلى مختلف الدول أو التشريعات المقارنة محل الدراسة، نجد أن كل منها ساهم في وضع تعريفات عديدة ومتنوعة للعقد الإلكتروني أو العقد المبرم عبر شبكة الانترنت، بالإضافة إلى التعريفات التي جاء بها الفقهاء³.

1_ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008، ص 53.

2_ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 69.

3_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 40.

سندرس في هذا المبحث مطلبين، المطلب الأول سنوضح فيه تعريف العقد الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنوضح فيه خصائص العقد الإلكتروني و تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

هناك تعاريف مختلفة متعددة ومتنوعة، وتحديد تعريف له يتطلب منا توضيح المقصود بهذا العقد، أي تحديد تعريفه من الناحية الفقهية في الفرع الأول، وتعريفه من الناحية التشريعية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعاريف الفقهية للعقد الإلكتروني.

ذهب الفقهاء في تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة، إذ ذهب الفقه اللاتيني إلى تعريفه بأنه: "الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"¹.

إلا أن هذا التعريف ناقص حيث أنه لم يبين النتيجة المترتبة على النقاء الإيجاب بالقبول، المتمثلة في إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية.

ويعرفه بعض الفقه بأنه: "عقد يبرم عن بعد بين غائبين ليس حاضرين، باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية، وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها".

إن هذا التعريف يؤكد خصوصية الوسيلة التي تستخدم في إبرام وتنفيذ هذا النمط التعاقدية.

ويرى جانب آخر من الفقه الأمريكي أن العقد الإلكتروني هو: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية".

1_ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2000، ص 29، مقتبس من أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008، ص 17.

ويعرفه البعض الآخر كذلك على أنه : "الاتفاق الذي يتم إبرامه بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"¹.

إن التعاقد الإلكتروني يشمل على الكثير من المعاملات الإلكترونية الأخرى مثل العروض و الإعلان عن السلع والخدمات وطلبات الشراء الإلكترونية²، ما دفع بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه: "العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، أو حسب الطريقة الإلكترونية التي ينعقد بها أياً كانت وسيلة التعاقد".

ويمكن تعريفه أيضاً بأنه : "العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، سواء كانت تلك الوسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مماثلة"³، وهو أيضاً اتفاق بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد، بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها⁴.

ونحن نرى أن العقد الإلكتروني يمكن تعريفه بأنه العقد الذي يتم إبرامه أو تنفيذه عن طريق وسائط إلكترونية.

وبالتالي فإن العقد الإلكتروني مثله مثل العقد التقليدي، لأنه يخضع لأحكام وقواعد النظرية العامة للعقد، غير أن العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي بخاصية البعد، أي أنه يقوم بين غائبين⁵، وذلك باستعمال وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة، التي تعمل آلياً وتلقائياً بمجرد أوامر التشغيل إليها⁶.

1_ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2011، ص 29 و 30.

2_ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008، ص 16.

3_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 58.

4_ إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، توزيع منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ط1، 2009، ص 36.

5_ إن عدم وجود المتعاقدين في مجلس واحد ليس هو الذي يميز التعاقد بين غائبين، وإنما الذي يميزه هو أن تفصل فترة زمنية بعد صدور القبول وعلم الموجب به.

6_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 25.

من خلال هذه التعاريف السابقة، يمكن تمييز العقد الإلكتروني الذي يبرم عن طريق الانترنت بمايلي:

- عدم الالتقاء المادي للأطراف لحظة تبادل التعبير عن إرادتهما؛
 - إبرام العقد يتم عبر وسيلة إلكترونية سمعية بصرية تمكن من التفاعل بين أطرافه، مما يمكن معه القول بأن العقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان وهو حضور مفترض لكنه معاصر للمتعاقدين؛
 - التباعد المكاني بين طرفي التعاقد، إذ قد يتواجدون في نفس الدولة أو يتواجدون في دول مختلفة، وبهذا يدخل العقد في دائرة العقود التي تبرم بين غائبين من حيث المكان؛
 - عدم وجود مستند كتابي مادي لهذا العقد، وإنما يكون مثبت على دعامة غير مادية، لأن وسيلة إبرامه هي وسيلة إلكترونية.
- وبالتالي فإن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية، سواء كلياً أو جزئياً متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، ويرتب التزامات على عاتقهم¹.

الفرع الثاني: تعاريف التشريعات المقارنة للعقد الإلكتروني.

حرصت العديد من الدول على سن تشريعات لتنظيم المعاملات الإلكترونية، وقد تضمنت كل من هذه التشريعات تعريفا للعقد الإلكتروني.

فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لم يضع تعريفا خاصا للعقد الإلكتروني، لذلك يتطلب الأمر الرجوع إلى تلك التعاريف التي جاءت بها القوانين المقارنة.

1_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 42 و 43.

أما نص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسترال)¹، نجد أنه عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات وذلك في المادة 2/أ بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، كتبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس"².

ويقصد برسالة البيانات "D.M" أن تشمل حالة الإلغاء أو التعديل، بمعنى أن يكون مضمون رسالة البيانات ثابت من المعلومات ولكن يجوز أن يلغى أو يعدل برسالة بيانات أخرى، ويقصد بها كذلك التي ينتجها الحاسب ولا يقصد بإبلاغها³.

وعليه فإن تعريف الرسالة طبقا لما ورد في القانون الأونسترال النموذجي للأمم المتحدة في مادته 2/أ يقتصر على أنه: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"⁴.

1_ الأونسترال : هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وتضم عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الرئيسي تحقيق الانسجام و التوائم بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية، وتحقيق وحدة القواعد وطنيا في التعامل مع وسائل التجارة العالمية، وحققت الأونسترال العديد من الإنجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية أشهرها اتفاقية فينا للبيوع لعام 1980، والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها.

2_ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 للأمم المتحدة.

3_ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، د.ط، ص 54.

4_ إن الغرض من المادة 2/أ من القانون النموذجي هو تحديد نطاق تطبيق القانون النموذجي (U.M.L)، بحيث ارتئى خلال إعداد هذا القانون هو استبعاد أي شكل أو وسيط يقيد من القانون النموذجي، ويؤدي إلى صعوبات عملية، وبالتالي فإن القصد من القانون النموذجي هو تحوير القواعد التقليدية بشأن الاتصالات الورقية الأساس، إلا بقدر ما ينص عليه القانون النموذجي صراحة في هذا الصدد.

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف أن الأمر يتطلب الاعتراف به وضمنان له الترقية للوصول إلى مستوى عالي، ولهذا لا بد من تطوير التشريع الخاص بقواعد البيانات، وكلمة السر باعتبارها مراجع يعتمد عليهما للإثبات¹.

أما بالنسبة للتشريع الأردني نجده نص على العقد الإلكتروني صراحة في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وذلك في المادة 02 منه على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"².

فحسب المشرع الأردني إن الإيجاب مع القبول هما لفظان مستخدمان لإنشاء العقد، وقد يكون ذلك سواء باللغة العربية أو بأي لغة أخرى، بشرط أن تكون هذه اللغة مفهومة لكل الطرفين المتعاقدان³.

وعرفه كذلك قانون إمارة دبي رقم 1 سنة 2000 بأنه: "التصرف القانوني الذي يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية"⁴.

وعرفه أيضاً القانون الموحد لمعاملات المعلومات الحاسوبية الأمريكي (U.C.C) في المادة 2/204 منه على أنه: "العقد الذي يتم فيه الاتفاق بأية وسيلة تعكس رضاه الأطراف في تنظيمه".

ويلاحظ من خلال نص هذه المادة أن القانون الموحد لم يحدد ما إذا كان العقد إلكترونيًا أو تقليدياً بحيث جاء النص عاماً⁵.

1_ صالح مرازقة ، التجارة الإلكترونية وإشكالية إخضاعها للضرائب (التحديات المستقبلية للسياسة الجبائية)، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 23 جوان 2005، مديرية النشر والتنشيط العلمي، الجزائر، ص177.

2_ لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 2009، ص 26.

3_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 66.

4_ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 26.

5_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1 و ط2، 2005 و 2009، ص 73.

أما المشرع الكندي فقد عرفه في القانون الخاص بولاية كيبك لحماية المستهلك بالقسم 20 منه على أنه: "تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول، حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين"¹.

أما المشرع التونسي فقد وضع تعريف للعقد الإلكتروني بطريقة ليست صريحة عندما نص عليه في الفصل الأول من القانون رقم 83 لسنة 2000 بأنه: "العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية، فيما لا يتعارض مع هذا القانون".

ومن هنا فإن المشرع التونسي وضح لنا أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي، فكلاهما عبارة عن اتفاق بين طرفين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين².

أما المشرع المصري فإنه لم يضع تشريعا خاصا بالتجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني أو العقد المبرم عبر شبكة الانترنت، وبالتالي نجده لم يعرف العقد الإلكتروني³، وإنما اكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني من خلال إصداره لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني بحيث عرف المحرر الإلكتروني في المادة 1/ب بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشئ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"⁴.

يتضح من خلال ما سبق أن "عقود التبادل الإلكتروني أيا كان محلها، هي عقود عن بعد (D.C) تتم بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد، حيث تبرم بين غائبين كالتعاقد عبر الهاتف"⁵.

1_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 73.

2_ خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1 و ط2، 2005 و 2009، ص 73.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 26 و 27.

4_ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 41.

5_ محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 76.

6_ محمود حمودة صالح منزل، إشكالات العقود الإلكترونية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 18 رمضان 1432هـ أغسطس 2011، السودان، ص 03.

وعرفه أيضا قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007 في مادته 04 على أنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات، التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، هو ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"¹.

عند تعريف العقد الإلكتروني يتوجب علينا أن لا نغفل أبدا صفة مهمة من صفاته المتمثلة في أنه من العقود المبرمة عن بعد، وكذلك يمتاز بخصوصية الطريقة التي ينعقد بها.

يمكننا أن نعرف العقد الإلكتروني أيضا بأنه العقد الذي يتم عبر شبكة الانترنت، وذلك من خلال تطابق الإيجاب مع القبول باستعمال التبادل الإلكتروني للبيانات، بهدف إحداث التزامات تعاقدية.

وعليه فإن العقد الإلكتروني هو تطابق إرادتين الإيجاب مع القبول عن طريق وسيلة إلكترونية، قد تكون هذه الأخيرة سمعية أو بصرية كل ذلك من أجل الوصول إلى صفقة معينة التي يريدها الطرفان².

فالعقد الإلكتروني مرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الإلكترونية، وهو الأداة الرئيسية لها لأنه يمثل ترجمة قانونية لتطابق الإيجاب مع القبول³، ومن مجالات استعمال العقد الإلكتروني أنه يستعمل لجميع التصرفات المعروضة عبر الشبكة، وبشكل رئيسي وذلك من خلال مايلي:

- عرض البرامج أو الملفات عن الشبكة.

- الدخول إلى خدمات الموقع وتحديدًا التي تتطلب اشتراكا خاصا في أغلب الأحوال أو مقابل مالي أو بغرض الحصول على خدمة معينة، أو من أجل التسجيل أو الالتزام التعاقدية بإنفاذ هذه الخدمة مجانا ولكن بشروط الموقع، ومثال ذلك خدمات البريد المجاني أو الاستضافة المجانية.

1_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 74.

2_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 35.

- تصرفات قانونية مختلفة عبر شبكة الانترنت كالبيع والشراء مثلا.

- جميع الأنشطة التي تعتبر أعمالا تجارية أي تتسم بالطابع التجاري، قد تكون عقدية وقد تكون غير عقدية، مثل أعمال البنوك بجميع أنواعها، وكافة أنواع النقل البري والبحري و الجوي وغيرها...¹، فعند تعريفنا للعقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت لابد أن نقف على الخصوصية التي ينعقد بها، وحسب هذه الأخيرة يمكن أن نعرفه عدة تعريفات.

فإذا نظرنا إلى الطريقة التي ينعقد بها نعرفه بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة الاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية تفضل التفاعل بين الموجب والقابل"، ومن خلال هذا التعريف نجد أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن غيره من العقود الأخرى، لأنه يرد على كافة السلع والخدمات التي لا تخرج عن هذا التعامل.

أما إذا اعتبرنا أن العقد الإلكتروني هو نوع خاص من العقود المبرمة عن بعد، فإنه لا يثور أي إشكال في هذا الاعتبار، لذلك يجب علينا أن نحترم القواعد الخاصة بها، وخاصة تلك المتعلقة بحماية المستهلك².

وهناك من اعتبر أن العقد الإلكتروني هو: "كل عقد تصدر منه إرادة أحد الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني"، ومن خلال هذا التعريف نرى أن هذا الجانب من وصف العقد الإلكتروني، هو مجرد مفاوضات إذا تم عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا التعريف جاء لبيان مرحلة المفاوضات عبر شبكة الانترنت³.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 35.

2_ هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، مصر، ط1، 2011، ص 58 و 59.

3_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 74.

وبما أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي من حيث مضمونه أو مجالاته¹، فإنه يخضع للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد، وبالتالي قد يكون عقد عادي غير أن الطابع الإلكتروني يكتسبه من حيث الطريقة التي يبرم عن طريقها².

فالخاصية الأساسية التي يتميز بها العقد الإلكتروني تظهر في عملية تبادل السلع والخدمات وإبرام صفقات معينة باستعمال مختلف وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة (شبكة الانترنت)، دون الحاجة إلى تلاقي الأطراف وانتقالهم إلى مكان معين.

وعليه يتم تبادل السلع والخدمات عن طريق شبكة الإنترنت، قد يكون طرف من دولة معينة ويكون الطرف الآخر من دولة أخرى، كل ذلك من أجل إشباع الحاجات الضرورية التي يريدان تحقيقها³.

ونلاحظ أن عملية التعاقد الإلكتروني تشمل بغير الإيجاب والقبول معاملات الكترونية أخرى متعددة ومتنوعة، ومثال ذلك عرض وإعلان السلع والخدمات وطلبات الشراء الإلكترونية والفواتير الإلكترونية وغيرها... .

" يدخل في نطاقه أيضا الاتصالات والرسائل والبيانات الإلكترونية المتبادلة بين كل منشأة تجارية ومنشأة تجارية أخرى، أما إذا كانت هذه الاتصالات قد تمت في منشأة واحدة، فإننا لا نكون بصدد العقد الإلكتروني، وإنما مجرد تبادل للمعلومات والبيانات"⁴.

وعليه ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، خاصة لتعدد الجهات التي أوجدت هذه التعاريف من جهة، والتقنية التي تستخدم لانعقاده من جهة أخرى⁵.

1_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 39.

2_ لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 23 و 26.

3_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2011، ص 31.

4_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 74.

5_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 22.

وفي الأخير يمكن تعريفه بأنه: "العقد الذي يبرم بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كليا أو جزئيا، متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، ويرتب التزامات على عاتقهم"¹، ولكن التساؤل الذي يبقى مطروح: ما هو الشيء الذي يجعله مميزا عن غيره من العقود؟، وفيما تتمثل خصائصه؟.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود.

يتميز العقد الإلكتروني بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى، نظرا للطبيعة الخاصة للتعاملات الإلكترونية، ولعل أهم خصائصه أنه من العقود التي تبرم عن بعد، ويغلب عليه الطابع الدولي والتجاري، وأنه من عقود الإذعان، وهذا ما سنوضحه في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنحدد فيه تمييزه عن غيره من العقود الأخرى، لكون العقد الإلكتروني يتميز بوسيلة سمعية بصرية، التي تميزه عن بقية العقود الأخرى التي تبرم عبر شبكات الاتصال الحديثة².

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني.

يعتبر العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد، ومن العقود التي تتسم بالطابع التجاري والدولي، وكذلك يعتبر من عقود الإذعان، وغيرها من الخصائص الأخرى.

أولا: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد.

إن العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد، ونعني بهذه الأخيرة تلك العقود التي يكون طرفاها متواجدان في أماكن متباعدة، وذلك من خلال التعاقد بإحدى وسائل الاتصال عن بعد³، أما في العقد التقليدي لا بد من وجود طرفيه في مجلس العقد للاتفاق على شروط التعاقد⁴، بينما العقد الإلكتروني لا يشترط قيامه في مجلس العقد، بل يكفي اتصال الإيجاب بالقبول بإحدى وسائل الاتصال الحديثة.

1_ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 43.

2_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 67 و 68.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 39.

4_ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على ملكية المبيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، مصر، ج 04، ط 02، 1986، ص 25 و 26.

وعليه فإن العقد الإلكتروني يتم تنفيذه عن بعد¹، أي بدون التواجد المادي لطرفيه في مجلس العقد، لحظة تبادل التراضي لاقتران الإيجاب بالقبول²، وبالتالي لا يجتمع الموجب والقابل في مجلس عقد حقيقي³، إذ بمجرد قبول العرض على شبكة الانترنت من طرف المستهلك نكون أمام عقد عن بعد⁴.

شبكة الانترنت وخدماتها المختلفة والمتنوعة تعطي الخصوصية للعقد الإلكتروني، لأن كل ما توفره من خدمات تختلف عن وسائل الاتصال الحديثة الأخرى، كالهاتف والتلكس والتلفزيون⁵.

وبالتالي فإن التعاقد من خلال شبكة الانترنت يكون علاقة غير مباشرة من قريب وبعيد، ويتم فيه الاتفاق على إتمام عملية البيع والاتفاق على كافة الشروط عبر شبكة الاتصالات التي تربط بين شخصين مهما كانت محل إقامتها بعيدة⁶.

ثانياً: العقد الإلكتروني عقد يغلب عليه الطابع الدولي والتجاري.

إن العقد الإلكتروني يتم بالطابع الدولي (العالمي)، لأن هذا الأخير يجعل أغلبية دول العالم في حالة اتصال دائم ومستمر يجمع بين الطرفين المتعاقدين، قد يكون طرف في دولة ما، ويكون الطرف الآخر في دولة أخرى.

هناك من يرى بأن العقد الإلكتروني ذو طابع دولي، نتيجة الطابع العالمي للوسيلة التي تساعد على إبرامه وهو الإنترنت⁷.

1_ مصطفى أحمد عمرو، المرجع السابق، ص 35.

2_ عبد الفتاح الكيلاني، المرجع السابق، ص 32.

3_ مصطفى أحمد عمرو، المرجع نفسه، ص 35.

4_ Thibault VERBIEST, La protection juridique du cyber-consommateur, Edition du juris-classeur, Paris, 2002, P 63.

5_ أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت (دراسة تحليلية مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 01، 2006، ص 65.

6_ منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص 152.

7_ أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية - قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10 جوان 2013، الجزائر، ص 100.

ونجد الطابع الدولي يثير مسائل كثيرة، أهمها تحديد أهلية المتعاقد، وكيفية التحقق من شخصيته ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة في حالة ما أثير نزاع بين طرفي العقد¹.

كما أن العقد الإلكتروني يتسم أيضا بالطابع التجاري، لأن كل المعاملات التجارية تتم بين تاجر أو مستهلك، وذلك باستعمال وسائل الاتصالات الحديثة²، فقد يكون العقد الإلكتروني بيعا أو إيجارا أو رهنا وغيرها من العقود الأخرى، وعليه فإن العقد الإلكتروني بحسب محله وأطرافه عقدا تجاريا³.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف العمل التجاري ولم يعرف العقود التجارية، وإنما حدد بعض الأعمال على سبيل الحصر من بين الأعمال التجارية، والتجارة الإلكترونية⁴ ما هي إلا ممارسة لتلك الأعمال من خلال الوسائل الإلكترونية.

ومنه يمكن القول أن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي ينعقد بها، ووسائل تنفيذها.

كما أن المشرع الفرنسي نجده فرض على التاجر المهني العديد من الواجبات والالتزامات لكونه طرف قوي في التعاقد اتجاه المستهلك، لكون هذا الأخير الطرف الضعيف في العقد، وتتمثل أهم هذه الالتزامات في الالتزام بالإعلام⁵.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 44.

2_ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2006، ص 17.

3_ مصطفى أحمد عمرو، المرجع السابق، ص 40.

4_ التجارة الإلكترونية تعرف بأنها: " نوع من عمليات البيع والشراء بين المستهلكين والمنتجين، وبين الشركاء بعضها مع البعض باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، وهي بذلك أداة عملية تجارية بين شركاء وتجاربيين باستخدام تكنولوجيا معلومات متطورة، تضمن رفع كفاءة وفاعلية الأداء ".

5_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 41 و 43.

ثالثا: العقد الإلكتروني من عقود الإذعان.

يذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى اعتبار أن بعض العقود الإلكترونية من تطبيقات عقود الإذعان، لأنها تظهر في شكل عقود نموذجية في الموقع الإلكتروني للبائع، إذ تتضمن تفاصيل التعاقد، وتتوجه بشروط مماثلة وملزمة إلى الجمهور، وهي غير قابلة للمناقشة والتعديل¹.

علما أن عقد الإذعان مثله مثل كافة العقود، غير أنه يتميز أن الإيجاب فيه يصدر مجموعة من الشروط، والطرف المذعن له أن يقبل هذه الشروط جملة دون تعديل أو مناقشة، وإما يرفضها جملة².

وذهب فريق آخر إلى القول بأن العقود الإلكترونية إذا توافرت فيها شروط عقد الإذعان، يمكن اعتبارها من عقود الإذعان.

وبهذا فإن المنتج أو البائع يحتكر السلعة أو الخدمة ويكون المستهلك محتاجا إليها، فيقبلها جملة دون تفاوض أو تعديل بنود العقد، أما إذا توافرت بعض الشروط لا كلها فلا يمكن اعتباره عقد إذعان بصفة مطلقة³.

ونحن نؤيد هذا الرأي المتمثل في اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، إذا توافرت شروط عقد الإذعان كاملة، أما إذا كانت هذه الشروط ناقصة، فلا نكون بصدد عقد إذعان.

ومادام أن المستهلك هو دائما الطرف الضعيف في عقود التجارة الإلكترونية، وأن الشركات هي الطرف القوي، يجب على التشريعات المقارنة إصدار قوانين لحماية المستهلك في قوانين التجارة الإلكترونية⁴، وهناك من الفقهاء من يعتبرون أن العقد الإلكتروني هو من عقود الإذعان، وهناك من يرى أنه ليس من عقود الإذعان.

1_ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 82.

2_ حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ج01، ط 02، ص 24، مقتبس من خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 25.

3_ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 46.

4_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 51.

بحيث يرى بعض الفقه الفرنسي أن المستهلك ليس لديه الوقت الكافي لمعاينة المنتج ومواصفات الخدمة، وكذلك ليست له الحرية لمناقشة وإمكانية التفاوض مع البائع أو المورد، ففي حالة ما إذا توافرت له الفرصة، في ذلك فإنها تكون مكلفة جدا عليه، ولهذا اعتبر العقد الإلكتروني من عقود الإذعان بالنسبة للمستهلك، بوصفه طرف ضعيف في العقد¹.

إن التشريع الإنجليزي يعتبر العقد الإلكتروني من عقود الإذعان رغم أنه لم يصرح بذلك، واعتبر أن المتعاقد له سوى أن ينقر في مجموعة من الخانات المفتوحة في موقع البائع أو المشتري، حول السلعة التي يرغب في الحصول عليها، وعلى الثمن المحدد لها الذي لا يقبل أي مناقشة أو مفاوضة، وعليه في هذه الحالة إما أن يقبل العقد كلية أو رفضه كلية².

وهناك من الفقهاء من يرى بأن عقد التجارة الإلكترونية ليس من عقود الإذعان، ولكن العقد التجاري قد يختلط مع علاقات عقدية تبرم هي أيضا من خلال الشبكة وترتبط بالعقد الإلكتروني، لذلك لا بد من إزالة هذا الخلط الذي قد يحدث بين العقد الإلكتروني والعقود الأخرى المرتبطة به، وذلك من خلال تناولنا لبعض العقود في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المشابهة له.

العقد الإلكتروني إذن يتميز من حيث الآلية التي يبرم بها من جهة³، ومن جهة أخرى نلاحظ أن هناك علاقات عقدية متنوعة تنشأ لتحقيقه، ولهذا يطلق عليها بعقود الخدمات الإلكترونية⁴.

1_ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 46.

2_ إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، العدد 2013/02، الجزائر، ص 61.

3_ لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 30.

4_ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 50.

أولاً: تمييز العقد الإلكتروني بحسب طريقة انعقاده.

هناك من الفقهاء من يعتبر العقد الإلكتروني عقد بيع، ونص المشرع الجزائري صراحة على عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹.

أما بالنسبة للمشرع الأردني والمصري والفرنسي قد عرفوا عقد البيع على أنه: "عقد ملزم لطرفيه، بحيث يقوم الأول بدفع مقابل مالي للطرف الثاني، مقابل نقل ملكية شيء مادي أو حق مالي مقابل للمحل الذي يتم تسليمه".

وعليه فإنه من آثار الالتزام هو نقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، وقيام هذا الأخير بدفع الثمن المتفق عليه، كما أن عقد البيع يعتبر من العقود الرضائية ومن عقود المعاوضة، فهو من العقود الرضائية لكونه ينعقد بارتباط الإيجاب والقبول، لانعقاد العقد دون توافر أي عيب من العيوب التي تشوب الإرادة، أما كونه من عقود المعاوضة، لأن فيه يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، في المقابل قيام المشتري بدفع الثمن².

وبهذا نجد أن العقد الإلكتروني يتماشى مع العقد التقليدي من نواحي عديدة، إلا أنه يختلف عنها من حيث وسيلة إبرامه، وهذا ما يدفع به إلى الخضوع ببعض الأحكام الخاصة به.

وعليه فإن الطرفين المتعاقدين يمكنهما أن يعبرا عن إرادتهما من خلال وسائل الاتصال الحديثة (الانترنت)، كما يمكن لهما أن يعبرا عن إرادتهما من خلال الاتصال الهاتفي، أو بإرسال رسالة عبر الفاكس، على الرغم من أن التعاقد عبر الانترنت أو الهاتف أو الفاكس هي جميعا عقود تبرم بين غائبين، إلا أن العقد الإلكتروني يتميز عن التعاقد بالهاتف، لأن الإرادة بواسطة هذا الأخير تتم شفويا على عكس العقد الإلكتروني، بحيث يقترن فيه الموجب مع الموجب له عن طريق الصوت أو الصورة أو الكتابة من خلال صفحات الويب أو عبر البريد الإلكتروني.

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر (عين مليلة)، د.ط، 2008، ص 22 و 23.

2_ لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 31.

ففيما يخص جهاز الفاكس، فهو مجرد وسيلة المستندات والمحركات المتعلقة بالتعاقد على شكل ورقي، ونقصد بذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس، أما في العقد الإلكتروني فإن تبادل المحركات الخاصة به تتم إلكترونياً¹.

كما يمكن أيضاً التعاقد عن طريق التجهيزات الذكية "I.E" التي نقصد بها "أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الانترنت، وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، إذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونياً، عندما ينقص عددها أو وزنها الداخلي، بإرسال أمر الشراء إلكترونياً إلى إحدى المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنت فتتم العملية دون تدخل بشري².

ثانياً: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية.

هناك من يطلق على البيئة الإلكترونية بعقود الخدمات الإلكترونية، وهذه الأخيرة نقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات الانترنت، فهي عقود تبرم بين القائمين على تقديم خدمات على شبكة الانترنت والمستفيدين منها³.

وبعدما تطرقنا إلى تحديد المقصود بعقود البيئة الإلكترونية، سنميز مباشرة بين هذه الأخيرة وبين العقد الإلكتروني، وذلك من خلال عرض بعض العقود كعقد استخدام الشبكة وعقد الإيجار المعلوماتي على النحو التالي:

أ . عقد استخدام الشبكة:

هناك من يطلق عليه بعقد الاشتراك في خدمة الانترنت⁴، ونقصد به ذلك العقد الذي يتم بين الشركة التي تقدم خدمة الاشتراك بين المشترك الذي يرغب في استخدام شبكة الانترنت،

1_ مصطفى أحمد أبو عمر، المرجع السابق، ص 44 و 46.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 47.

3_ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 50.

4_ لورنس عبيدات، المرجع السابق، ص 35.

بحيث يتعين على العميل دفع اشتراك معين يمكنه من الدخول أو استخدام هذه الشبكة، كما أن مختلف نماذج عقود الدخول إلى الشبكة قد تكون محددة المدة، كما قد تكون غير محددة.

يجب على المشترك عدم الدخول إلى المواقع غير المشروعة، لأن ذلك يعد إساءة استخدام الحق في الدخول على الشبكة، غير أن هناك من يعرض خدمة الدخول على شبكة الانترنت مجاناً، ولا يقوم المشترك في هذه الحالة بدفع اشتراك معين، بل يدفع فقط مقابل استخدامه خط التليفون مع شبكة المتعاقد معها.

ويقع على عاتق العامل أن يلتزم بجودة الاتصال، وتمكين المستخدم من الدخول إلى الشبكة دون صعوبات، ويعد هذا التزاماً بتحقيق نتيجة إذا كانت له السيطرة الكاملة على الاتصالات الهاتفية، أما إذا لم تكن له هذه السيطرة كاملة، كما في حالة قيام شركة أخرى بخدمة الدخول إلى الشبكة، ففي هذه الحالة يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية¹.

ب . عقد الإيجار المعلوماتي:

إن عقد الإيجار المعلوماتي (C.H) يطلق عليه أيضاً عقد الإيواء، فيه يلتزم مقدم خدمة الانترنت بأن يقدم بعض الإمكانيات الفنية للمشارك بغرض تحقيق مصالحه، ومثال ذلك أن يمنح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشارك إمكانية حصوله على عنوان البريد الإلكتروني لديه²، ويخصص له مساحة معينة على قرص صلب بجهاز الكمبيوتر الذي تملكه للمشارك، وهذا الأخير يعد مستأجر المساحة، ويلتزم بأداء مقابل لهذا الانتفاع، وهناك من يعرف عقد الإيجار المعلوماتي بأنه: " عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشارك بعض إمكانيات أجهزته، أو أدواته المعلوماتية على شبكة الإنترنت"³.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 35 و 36.

2_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 76.

3-Serge GUINCHARD & Michèle BREESE, Internet pour le droit-connexion, Recherché, droit-Montchrestien, Paris, P 130.

وخلاصة القول أن العقد الإلكتروني يتم إبرامه عن طريق وسائل الكترونية عبر شبكة الإنترنت، وعليه فهو من العقود المبرمة عن بعد، وبالتالي فإن عقود الخدمات الإلكترونية أو عقود البيئة الإلكترونية حتى تكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني، لا بد أن تتم بوسائل إلكترونية¹.

ثالثاً: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الافتراضي.

يمكننا من خلال شبكة الإنترنت إنشاء مراكز تجارية، وهذا المركز يشمل مجموعة من المحلات التجارية يحكمها أصحاب مختصين يسمون بالمتاجر، وينضم هذا الأخير إلى هذا المركز عن طريق عقد المشاركة، ونجد أن هذا المركز يضم مجموعة من التجار في مكان واحد وتحت عنوان محدد².

إن إنشاء فكرة المتجر الافتراضي كان من أجل سهولة التسيير بين الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الانترنت بغرض الحصول على سلع وخدمات، وهناك نوعان من المراكز الافتراضية، فالأول يمكن الدخول إليه دون إتباع إجراءات معينة للتعرف على السلع والخدمات دون توفير إمكانية الشراء، أما النوع الثاني يمكن الدخول إليه ولكن بإتباع إجراءات معينة، وهذا عن طريق إدخال كود أو رقم معين، ففي هذه الحالة يمكنه الشراء عن طريق بطاقة الائتمان³.

ويعرف المتجر الافتراضي بأنه: "صفحة أو أكثر على شبكة الويب التي يمكن الرجوع إليها عبر شبكة الانترنت، وتدرج تحت اسم مجال المركز الافتراضي، والذي من خلاله يضمن التاجر عرضه".

ويتضمن هذا العقد شروطاً تهدف إلى تنظيم سير النشاط التجاري الذي يتم بالمركز التجاري الافتراضي، وتنظيم الرقابة على محتويات المتجر، واحترام الأعراض التجارية، وتنظيم إبرام العقود⁴.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 36.

2_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 25.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 34.

4_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 54 و 55.

إن هذا العقد غالباً ما يحتوي على نوعين من الشروط عامة وخاصة، إن الشروط العامة تخضع لها جميع المتاجر المنظمة إلى هذا المركز التجاري الافتراضي، ومثال ذلك تحديد البيانات الشخصية للمشاركة، في المقابل تعيين تفاصيل واضحة وكاملة للسلع والمنتجات المعروفة عبر شبكة الانترنت، وتعيين الأسعار بوضوح وتعيين الضرائب ونفقات الشحن ومواعيد التسليم، وهناك شروط خاصة بكل متجر على حدة¹.

إن تسمية عقد الإيجار المعلوماتي اختلف العديد من الفقهاء في تحديدها، فهناك من يرى أنه عقد إيجار معلوماتي لأنه يقع على خدمة معلوماتية، في حين يرى جانب من الفقه أنه عقد إيجار أشياء، بحيث أن مورد الخدمة يخضع للقواعد العامة المتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء².

ويلتزم مقدم الخدمة بعدة التزامات اتجاه المشترك، كأن يلتزم بتلبية خدمات أخرى كالتزامه بالمساعدة تقديم معلومات للمشارك مقابل مبلغ مالي³.

ويلاحظ من خلال ما سبق أن عقد الإيجار المعلوماتي يبرم بين من يريد أن يكون له موقع وعنوان إلكتروني عبر شبكة الانترنت، يتمكن من خلاله من التعامل بهذا الموقع عن طريق جهاز الحاسوب، الذي يسهل له الوصول إلى مستخدمي شبكات الانترنت⁴، كما نجد أن عقد الإيجار المعلوماتي ينضم إلى طائفة من عقود تقديم خدمات، كعقد الدخول إلى الموقع⁵.

وعليه فإن العقد الإلكتروني ليس الوحيد الذي يبرم عبر شبكة الانترنت، وإنما هناك عقود أخرى تتم في هذه البيئة، وتكون متعلقة بالعقد الإلكتروني ومرتبطة به، والتي تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه هذا العقد، وتتمثل هذه العقود في عقد البيئة الإلكترونية، وعقد إنشاء المتجر الافتراضي، وعقد الإيجار المعلوماتي⁶، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأنها عقود الخدمات الإلكترونية التي نقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات عبر وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة.

1- محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 26.

2- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 105.

3_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 76.

4_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 56.

5_ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51.

6_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 51.

فالعقد الإلكتروني كما وضعناه سابقا هو عبارة عن عقد الذي يتم عبر وسائل الكترونية التي تتم عن بعد¹.

المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني.

يجب أن يتوافر في العقد الأركان الأساسية التي يقوم عليها، وتتمثل هذه الأركان في التراضي والشكلية والمحل والسبب.

إن ركن التراضي هو من أهم هذه الأركان بحيث يعبر فيه الطرفان عن إرادتهما متى تطابق الإيجاب مع القبول، أما الشكلية فهي إفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون، فهي ركن في التصرف القانوني أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون، ومن دون الشكل فإن التصرف باطل في العقود الشكلية، وركن المحل فهو كل ما انصب عليه هذا العقد من خدمة أو سلعة، أما ركن السبب فهو الغرض المباشر المقصود من العقد.

وعلى هذا الأساس سنعالج في هذا المبحث مطلبين، المطلب الأول نرتئي فيه ركني التراضي والشكلية في العقد الإلكتروني، أما المطلب الثاني ركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: التراضي والشكلية في العقد الإلكتروني.

الأصل هو حرية الأطراف في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم، أي أن الأصل في العقود هو الرضائية، لذلك فإن وجود إرادتين متطابقتين أي تطابق الإيجاب مع القبول يكفي لانعقاد العقد بشكل صحيح، هذا ما نجده في العقد التقليدي وينطبق على العقد الإلكتروني.

غير أن هناك حالات يتطلب القانون فيها إفراغ التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوب، فقد تكون الكتابة مطلوبة ليس لإثبات العقد، وإنما لإبرامه صحيحا².

ولهذا سنحدد في هذا المطلب فرعين، الفرع الأول سنحدد فيه التراضي في العقد الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنحدد فيه الشكلية في العقد الإلكتروني.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 36.

2_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 191.

الفرع الأول: التراضي في العقد الإلكتروني.

بما أن ركن الرضاء هو قوام وأساس العقد الإلكتروني، فإنه يمكن الأطراف المتعاقدة من التعبير عن إرادتهما عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة (تطابق الإيجاب والقبول)، مع مراعاة زمان ومكان تطابقهما، زيادة على ذلك مراعاة صحة التراضي في العقد.

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا في ملف رقم 586766 بتاريخ 2010/07/22 الذي تضمن: " أن قضاة الموضوع انتهوا إلى إلزام الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد بيع الشقة، في حين عقد لبيع العقار لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه التي يتطلبها القانون، ومنها ركن الرضاء الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته الحرة، ولا يجوز إلزامه على التعبير عن إرادته لأنه يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة.

حيث أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد بيع قد أخطئوا في تطبيق المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري، مما يعرض قضاءهم للنقض¹، سنحدد في هذا الفرع المقصود بتوافق الإرادتين وتحديد زمان ومكان تطابقهما.

أولاً: توافق الإرادتين وتحديد زمان ومكان تطابقهما.

سندرس توافق الإرادتين من جهة، وتحديد زمان ومكان تطابقهما من جهة أخرى، بالإضافة إلى توضيح صحة التراضي في العقد.

أ . توافق الإرادتين (تطابق الإيجاب والقبول):

إن تطابق الإيجاب مع القبول يشمل على المسائل الجوهرية، أما المسائل الجزئية يمكن تأجيلها لاحقاً، وهذا ما وضحته المادة 65 من القانون المدني الجزائري بنصها: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون

1_ مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2011.

والعرف والعدالة¹، فالتعبير عن الإرادة يتم من خلال الإيجاب والقبول، ولهذا سنوضح بالتفصيل خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني .

إن المشرع الجزائري نص أيضا في المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: " أن يصدر تعبير عن إرادة شخص هو الإيجاب الذي يتضمن عرضا منه، وأن يصدر تعبيراً تقابله عن إرادة شخص آخر هو القبول الذي يأتي مطابقاً للإيجاب"²، وهذا ما يتم تحديده فيما يلي:

1- الإيجاب الإلكتروني:

تجب الإشارة أولاً أن الإيجاب في العقود الإلكترونية يخضع لذات المبادئ العامة المتعارف عليها في العقود التقليدية، إلا أن العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي بخصوصية استخدام الوسيط الإلكتروني من خلال شبكة الانترنت.

الإيجاب يقصد به التعبير عن الإرادة أي الارتباط بالتعاقد، ويتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فينعد العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول³، وبالتالي فإن تعريف الإيجاب يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في مجال التعاقد عن بعد⁴.

وعليه فإن الموجب يستعمل عدة وسائل لتوجيه إيجابه، إما لشخص معين أو إلى مجموعة من الأشخاص لتبادل البيانات الإلكترونية أو الخطابات الإلكترونية، منها الإيجاب⁵.

فالإيجاب الإلكتروني هو التعبير عن إرادة المتعاقد عن بعد، ويتم ذلك عبر شبكات الاتصال الحديثة.

1_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 78.

3_ هبة ثامر محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 168.

4_ عادل حسن علي، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد 33 يوليو 2007، ص 343.

5_ سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2005، ص 47.

وبما أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها العقد التقليدي، وبالتالي يجب أن يكون الإيجاب واضحاً وموجهاً لشخص معين، بمعنى يجب أن يكون بالطرق المعتادة الصريحة أو الضمنية، ولا يصح في ذلك السكوت لأن الصمت كالعدم، وبالتالي لا يترتب أي أثر، كما يجب أن يكون الإيجاب باتاً بمعنى أنه إذا تجاوز الإيجاب مرحلة المفاوضات أصبح باتاً ونهائياً، وهذا ما يفترض وجود إرادة عازمة ومصممة على التعاقد¹.

وفي الأخير تجب الإشارة أن العقد الإلكتروني يتميز بخاصية البعد، وأنه يتم إبرامه عبر الوسيط الإلكتروني، وصولاً في الأخير إلى أنه يكون في الغالب إيجاباً دولياً².

2. القبول الإلكتروني :

إن القبول يعرف بأنه تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب، بحيث يطلقه على الموجب كي يعلنه على الموافقة بالإيجاب، أي الموافقة على عرض الموجب التي تدفع إلى انعقاد العقد، هذا ما يدفعنا إلى التساؤل التالي: هل هذا التعريف ينطبق على القبول في العقد الإلكتروني³، فالقبول هو تعبير منفرد للإرادة يصدر عن من وجه إليه الإيجاب بقبوله لهذا الأخير⁴.

ونص القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية في مادته 13 على أنه: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً، لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"⁵.

إن القبول الإلكتروني مثله مثل الإيجاب يخضع للقواعد العامة للعقد التقليدي، فهذا فإن صدوره لا يشترط شكل خاص، وإنما يصدر عبر الوسيط الإلكتروني، وبما أن القبول الإلكتروني

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 79.

2_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 81 و 82 و 83.

3_ مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون . جامعة مولود معمري كلية الحقوق . تيزي وزو، 2012، ص 122.

4_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، د.د.ن، د.ب.ن، ط 01، 2005، ص 47.

5_ القانون الأردني المؤقت رقم 85 سنة 2001 خاص بالمعاملات الإلكترونية.

يخضع لنفس القواعد العامة التي يخضع لها القبول التقليدي، فإنه يجب أن يكون باتا ومنتجا لآثاره القانونية، ومطابقا مطابقة تامة للإيجاب.

القبول الإلكتروني يتم عن طريق الضغط على أيقونة القبول مرة واحدة، هذه الطريقة المعروفة لإعلان القبول، غير أن هناك تساؤل في هذه الحالة، هل الضغط على الأيقونة يعتبر قبولا كافيا؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل يرى الفقه ضرورة التأكيد على القبول، من خلال الضغط على الأيقونة مرة ثانية حتى لا يعتبر لمسة عفوية¹.

ويثور تساؤل آخر كذلك، هل يعتبر السكوت قبولا؟، بالرجوع إلى القواعد العامة فإنه "لا ينسب لساكت قول"²، بحيث أن المشرع الجزائري نص في المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"، ونفس الشيء ذهب إليه المشرع الفرنسي والمصري و الأردني.

ب . تحديد زمان ومكان تطابقهما .

لقد اختلفت معظم التشريعات المقارنة في تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني³، وهذه المشكلة أصبحت من أهم المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد عبر شبكة الانترنت، وهذا ما سندرسه من خلال النقاط التالية:

1_ رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونسترال النموذجي والفقه الإسلامي)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر (منصورة)، ط 01، 2008، ص 46.

2_ نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، ط 01، 2005 و 2009، ص 65.

3_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 90 و 109.

1 . زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

في حالة التعاقد بين غائبين، فإن الموجب لا يعلم بالقبول وقت صدوره على الرغم من وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، وبالتالي فإن الإيجاب لا يرتبط بالقبول بمجرد صدوره، وإنما يتحقق عند علم الموجب بالقبول، غير أن هذا القول المنطقي لم يعد يحظ بالإجماع¹.

وأصبح الحديث عن العقود الإلكترونية وعدم الوجود المادي للأطراف في مجلس عقد حقيقي يطرح العديد من التساؤلات: هل العقد هو وقت صدور القبول، أم وقت علم الموجب به، أم أنه غير ذلك؟، وللإجابة عن هذه التساؤلات أوجد فقهاء القانون المدني أربع نظريات²، وهي:

. نظرية إعلان القبول (D.R):

إن هذه النظرية تعتبر أن لحظة إعلان القبول، هي لحظة انعقاد العقد، وحجة أصحاب هذه النظرية أنه بمجرد تلاقي الإرادتين يبرم العقد، ولو أن الموجب علم بهذا القبول أم لا³.

ويترتب على هذه النظرية أن العقد أبرم بإعلان القابل لإرادته حتى قبل الضغط على الأيقونة، وعليه فإن وجود القابل لا يخرج من جهة الجهاز الشخصي للقابل، فيضعف إثباته⁴.

. نظرية تصدير القبول:

تعتبر هذه النظرية أن لحظة إبرام العقد، هي اللحظة التي يتم فيها النقر على الأيقونة، وفي هذه الحالة ينفصل القبول عن إرادة القابل، وبالتالي لم يستطع السيطرة عليه أو الرجوع عنه⁵، ويجب كذلك أن يكون هذا الصدور نهائياً لا رجعة عنه، ولا يمكن استرداده، وعليه هناك نوعا

1_ علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، كلية القانون جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات، ص 05.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 101.

3_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 83.

4_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 101.

5_ هبة ثامر محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 203.

من اللبس، فتصور تصدير قبول دون استلامه غير متاح عبر شبكة الانترنت، إذ الفاصل الزمني بين التصدير والتسلم ليس محسوسا، ولا يشكل فاصلا زمنيا كبيرا¹.

. نظرية استلام القبول:

هذه النظرية تعتبر أن العقد قد أبرم بمجرد وصول رسالة القبول إلى الموجب، حتى وإن علم الموجب بمضمون الرسالة أم لا، ويترتب على هذه النظرية أن وصول القبول لا يضيف إلى إعلان القبول شيئا².

. نظرية العلم بوصول القبول:

يرى أصحاب هذه النظرية أنه يجب على الموجب أن يعلم بالقبول، وعليه فهم يرون أن العقد ما هو إلا توافق حاصل بين إرادتين، لهذا يستوجب الأمر أن يصل علم القبول إلى الموجب، غير أن الرأي الراجح فقها وقانونا يأخذ بالنظرية الثالثة، لأنه أكثر صواب وواقعية.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 61 منه، وذلك بنصها على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك"³.

2. مكان انعقاد العقد الإلكتروني:

إن صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة، ينتج عنه صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، لأنها تبرم عبر شبكة الاتصال الحديثة (الانترنت) ، ولهذا قامت الاتفاقيات المتعلقة بنقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات، على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 102.

2_ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، ص 115، مقتبس من نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 84.

3_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

الرسالة من نظام معلومات إلى آخر، أو من اللحظة التي يتم فيها استلامها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه.

وعليه فإن هذه الاتفاقيات لا تحدد المكان الذي يوجد فيه شبكة الانترنت، إلا أنه بالرجوع إلى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، نجده حدد مكان إبرام العقد الإلكتروني وذلك في المادة 4/15 حيث نصت على أنه: "إن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك".

وقد تبنى هذا الاتجاه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 سنة 2001 في مادته 18، وقانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 سنة 2002 في مادته 4/17، وكذلك قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في مادته 4/14.

وهناك حالات تثير فيها إشكالية حول ما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن أعمال، مثلاً له مقر عمل رئيسي وآخر فرعي، ففي هذه الحالة وضح القانون النموذجي في مادته 15/ب أنه يعتد بمقر العمل الرئيسي، أما في حالة عدم وجود مقر عمل سواء بالنسبة للمنشئ أو المرسل إليه، فإنه يعتد بمكان إقامة المعتاد¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نص على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني في المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول".

ويتبين لنا من خلال نص هذه المادة أن مكان إبرام العقد بين غائبين، هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

وعليه فإن تشريعات التجارة الإلكترونية تقضي بأن التعاقد بين غائبين يتم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وبهذا فإن التشريعات المقارنة لم تحدد ما سيعتبر

1_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 390 و 391.

مكان إبرام العقد بين مكان الإرسال أو الاستلام¹، لذلك ذهب البعض إلى اعتبار مقر عمل الموجب مكانا لإبرام العقد الإلكتروني².

ثانيا: صحة التراضي في العقد الإلكتروني.

يشترط لصحة التراضي في العقد الإلكتروني أن يكون كل من المتعاقدين كاملين الأهلية، وأن يكون رضاؤهما خاليا من عيوب الإرادة، والمتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال والغبن³، وسندرس بالتفصيل كل من الأهلية، الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال فيما يلي:

أ- الأهلية:

ونحن نرى أنه يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال، تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، بما في ذلك بيان الأهلية القانونية، بمعنى ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية، بما في ذلك الأهلية القانونية.

والتساؤل يبقى مطروح في هذا الصدد حول ما المقصود بالأهلية؟ وكيف يتم تحديدها عند إبرام العقد عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة (الانترنت)؟، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي.

تعرف بأنها قابلية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي تمكنه من اكتساب الأولى والثانية معا، ويتبين لنا من خلال هذا التعريف أن الأهلية نوعان:

1_ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 121.

2_ مصطفى أحمد عمرو، المرجع السابق، ص 143 و 144، مقتبس من لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 121.

3_ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، د.ط، 2009، ص 76.

أهلية وجوب نقصد بها قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزامات، أما أهلية الأداء هي التي تمكن الشخص من ممارسة التصرفات القانونية، التي قد تكسبه حقا أو تحمله التزاما بطريقة معترف بها قانونيا¹.

وبهذا يجب أن يكون الشخص كامل التمييز، بمعنى مدركا للتصرف القانوني الذي يريد القيام به، في المقابل أن يتحمل الآثار المترتبة عليه.

هذا إن كان أحد المتعاقدين كامل الأهلية، أما إذا كانت أهليته ناقصة أو منعدمة، فإن أهلية أدائه كذلك تكون ناقصة أو منعدمة².

إن العقد الذي يبرم عن طريق الانترنت مثله مثل أي عقد، لابد من أن يكون أحد المتعاقدين كاملي الأهلية، حتى يعتبر هذا العقد صحيحا³، بحيث نجد أن القواعد القانونية في كثير من التشريعات المقارنة جاءت حماية لناقصي الأهلية، وذلك من خلال جعل العقود التي يعقدها هؤلاء باطلة⁴.

قد يتعرض التصرف القانوني للبطلان، إذا كان المتصرف فاقد الأهلية أو ناقصها، لهذا فإن التعامل عبر شبكات الاتصال الحديثة (الانترنت) يكون قائما على مبدأ حسن النية بين الطرفين، بحيث كل طرف منهما يكون ملزما بالإفصاح عن بياناته كاملة⁵.

ب - عيوب الرضا:

يقتضي وجود الرضاء أن يكون صحيحا، وصحة إرادة المتعاقدين تستلزم خلوها مما يعيبها.

1_ عبد الحق الصافي، دروس في القانون المدني (مصادر الالتزامات)، د.د.ن، المغرب، ط 02، د.س.ن، ص 39.

2_ الطيب الفصائلي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، د.د.ن، المغرب (مراكش)، ط02، ج 01، 1997، ص 72.

3_ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 30.

4_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 94.

5_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 95.

1. عيب الغلط:

يقصد به الغلط الذي يقع في المتعاقد أثناء التعاقد، فيتوهم أمرا على غير حقيقته، فيدفع الشخص إلى إبرام العقد¹، كأن تعتقد امرأة أن السوار الذي اشترته مصنوع من الذهب الخالص، ولكن في الحقيقة هو مصنوع من النحاس المطلي بلون الذهب، ونجد أن المشرع الجزائري نص عليه صراحة في المواد 81-85 من القانون المدني الجزائري.

أما فيما يخص المجال الإلكتروني يمكن استظهار هذا الغلط من قبل المرسل إليه عندما يقوم بإرسال رسالة بيانات، ليرد بها على رسالة بيانات المورد، نتيجة لوهم يعتقد في ذهنه حول ذلك المنتج أو تلك السلعة، ثم فيما بعد يظهر بأن هناك غلط واقع فيه، لذلك يجب على هذا الطرف إرسال رسالة أخرى ليصحح فيها هذا الغلط.

وهذا ما نجده في تعريف رسالة البيانات وفقا للقانون النموذجي بحيث يرى أنه " لا يعتبر مفهوم رسالة البيانات مقصودا على الإبلاغ فقط، بل شاملا أيضا حالة الإلغاء أو التعديل "

ومن خلال هذا نلاحظ أنه تجوز أن تلغى أو تعدل الرسالة الأولى برسالة بيانات أخرى².

إن الغلط يمكن أن يكون جوهريا، وأن يتصل به المتعاقد الآخر³، والغلط الجوهري في نظر المشرع الجزائري هو الدافع الرئيسي للتعاقد، خصوصا إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، لأن الغلط في مثل هذه الحالات يكون قد بلغ حدا من الجسامة.

أما عن الغلط المتصل بالمتعاقد الآخر أي داخل في نطاق العقد، نعني به أن يكون الأمر الذي دفع العاقد لإبرامه معلوما من العاقد الآخر⁴، هذا فيما يخص العقد التقليدي وتخضع لها عقود التجارة الإلكترونية، ونفس الشيء ذهب إليه المشرع الأردني والفرنسي والمغربي.

1_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني) العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر (بن عكنون)، ط06، 2008، ص 100.

2_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 75.

3_ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية) الالتزامات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، د.ط، 2008، ص 137.

4_ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 100.

وعليه فإن الغلط الذي يعيب ركن الرضا، هو كل ما يصيب الإرادة وقت تكوين العقد¹، لهذا نجد أن القانون نص صراحة على إبطال العقد من الواقع في غلط جوهرى عند إبرام العقد، وهذا ما نجده في قضية رقم 406468 بتاريخ 2008/04/23، يتبين أن قضاة الموضوع قد أسسوا قرارهم على نص المادتين 81 و82 من القانون المدني الجزائري، واللذان تتصان على الغلط الجوهرى أن يطلب إبطال العقد، وعلى هذا الأساس ثبتوا المسؤولية في حق الطاعن².

ولتفادي إبطال العقد كان لزاما على الطرف هذا الغلط، وذلك عن طريق رسائل البيانات المخزنة على أجهزة الكمبيوتر المملوكة للمتعاقدين وأيضا الوسيط³.

2. عيب التدليس:

التدليس هو استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة، وإيقاعه في غلط يدفعه إلى إبرام العقد، وبالتالي هناك فرق بين التدليس والغلط، بحيث أن الغلط المشار إليه أعلاه يقع في ذهن الشخص تلقائيا، أما الغلط الوارد في التدليس هو غلط يقصده المتعاقد بغرض إيقاع المتعاقد الآخر فيه⁴، ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة⁵.

يتحقق عيب التدليس بطريقتان الأولى إيجابية والثانية سلبية، تتمثل الأولى في استعمال وسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، أما الثانية فتتمثل في سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة، إذا كان من شأن العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن إبرام العقد.

1_ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 229.

2_ مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2008.

3_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 77.

4_ رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر (الإسكندرية)، ط 03، 2003، ص 120.

5_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 179.

اشتراطت القواعد العامة لتحقيق ركن التدليس لابد من توافر ثلاثة شروط، تتمثل الأولى في استعمال طرق احتيالية، أما الثانية فتتمثل في أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد، أما الثالثة والأخيرة تكون في صور التدليس من المتعاقد الآخر، أو علمه به، أو إمكان العلم به¹.

كما يقتصر التدليس على عنصران مادي ومعنوي، يقتصر العنصر المادي على الوسائل المختلفة التي يستعملها أحد المتعاقدين لدفع المتعاقد الآخر للتعاقد، وهذه الوسائل تشمل كل الحيل المختلفة كالكذب والسكوت العمدي، حسب ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني الجزائري بحيث نصت على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " ².

أما العنصر المعنوي فيتمثل في أن هذه الوسائل الاحتياطية تؤدي إلى تضليل الشخص ودفعه إلى التعاقد³.

وهذا ما يقع بكثرة في العقود الإلكترونية، نتيجة التنافس الذي يحدث بين الشركات في ترويج منتجاتها، واللجوء إلى أساليب الخداع التي تدفع الشخص إلى التعاقد، معتقدا أن العقد يخدم مصلحة، ولكن في حقيقة الأمر هو على خلاف ذلك⁴.

1_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 102.

2_ علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، د.ط، 2010، ص 77.

3_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 177.

4_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 77.

3. عيب الإكراه:

نقصد به " ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص، فيولد لديه رهبة أو خوفاً يحمله على التعاقد"¹، ويشترط لقيامه توافر عنصران أساسيان، العنصر المادي (الموضوعي) والعنصر المعنوي (النفسي).

بحيث يتوفر العنصر المادي باستخدام طرق ووسائل من أجل تهديد التعاقد أو غيره والضغط عليه، وذلك بوجود خطر إما في النفس أو المال أو الشرف، ومثال ذلك تهديد التعاقد بالقتل (مادي)، أو تهديده بحرق منزله (نفسي).

أما العنصر المعنوي يتوفر في حالة تهديد التعاقد أو غيره وتوليد الرهبة في نفسه، مما يدفعه إلى التعاقد مباشرة، مثلاً تهديد التعاقد بإفشاء سر يمس الشرف².

ويشترط ثلاثة شروط أساسية لكي يعتبر الإكراه عيب من عيوب الإرادة، وتتمثل هذه الشروط في أن يتم التعاقد تحت سلطان الرهبة، وأن تكون هذه الأخيرة هي التي دفعته إلى التعاقد، وأخيراً اتصال التعاقد الآخر بالإكراه.

إلا أن الإكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني، لأن هذا الأخير يتم بين طرفين يجمعهما مجلس عقد افتراضي، وبإمكانه أن يحدث بسبب التبعية الاقتصادية ولكن بصفة نادرة، حيث يضطر التعاقد إلى إبرام العقد، ويمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه، ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة، ويضطر العميل إلى قبولها حيث لا خيار لديه سوى قبول ذلك³.

1_ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 126.

2_ هائل حزام مهيبوب العامري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، د.ط، 2005، ص 122 و 123.

3_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 142.

4. عيب الاستغلال:

إن الاستغلال هو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر، للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير¹.

وبمعنى آخر أن يستغل أحد المتعاقدين في الآخر حالة ضعف في أمر من الأمور، بحيث يجنب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة والتبصر، فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة ويجره إلى إبرام تصرف ينتج عنه لحوق غبن به، ما كان ليقدم على إبرامه لولا هذا الاستغلال².

إن الاستغلال عنصران عنصر مادي وآخر معنوي، يقتصر العنصر المادي في الغبن الفاحش أي عدم التعادل في ما يأخذه المتعاقد، وما يقدمه المتعاقد الآخر طبقا لمعيار محدد، أما العنصر النفسي (المعنوي) نقصد به استغلال الضعف في نفس المتعاقد³.

إن الاستغلال هو الذي يدفع الشخص إلى التعاقد، وبمعنى آخر تكون إرادة الطرف المتعاقد الآخر المستغل إرادة غير مشروعة، وعليه فإن دفع الاستغلال إلى التعاقد هو مسألة واقع لا مسألة قانون، ويقع على عاتق المتعاقد المغبون إثبات ذلك⁴.

إن المشرع الجزائري اشترط لإثبات الاستغلال توافر شرطين، الأول يتمثل في أن يوجد هناك تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وهذا هو العنصر المادي في الاستغلال، أما الثاني فيتمثل في أن يكون الاستغلال للمتعاقد طيشا فيه أو هوى جامحا، وهذا ما أكدته قضية رقم 427599 بتاريخ 2008/09/17، بحيث طلب باقي الورثة بإبطال عقد الهبة، لأن الواهب وقع في حالة استغلال وكان مريضا مرض الموت⁵.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

2- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2003، ص 94.

3- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 344 و 345.

4- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني (الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال) معلقا على نصوصها بالفقهاء وقضاء النقض، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية)، ط1، 2002، ص 255.

5- مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2009.

وهذا ما نجده بكثرة في الواقع في مجال التعاملات الإلكترونية التي أصبح استخدامها منتشرا في إبرام العقود، وخاصة الذين يملكون الخبرة في ذلك، أو قد تكون بين أشخاص عاديين، مما يدفعهم إلى استغلال الأشخاص الذين لا يمتلكون الخبرة في هذا المجال.

ومن أجل هذا قامت مختلف التشريعات المقارنة والمنظمة للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير بالعقود التي تيرم عن طريق شبكة الانترنت، خاصة لحماية هذه الفئة التي لا تملك خبرة¹.

نقصد بالغبن اختلال التوازن الاقتصادي في عقود المعاوضة، نتيجة لعدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه، فهو الخسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد، فهو يعتبر المظهر المادي للاستغلال².

أما فيما يخص الغبن فإنه لا يؤثر في العقد الإلكتروني، إلا في بعض الاستثناءات التي نص عليها المشرع المصري، لأن الغبن عيب استثنائي في العقود³.

إن المشرع التونسي هو من أفضل التشريعات العربية التي وفرت الحماية للمستهلكين، وذلك على أساس أن دفع المستهلك للعقاد، واستغلال عدم قدرته على تمييز تعهداته إلى قابلية العقد للإبطال، ورتب كذلك المشرع التونسي جزاء جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر استخدم طرقا ووسائل احتيالية.

ونجد أن المشرع المصري ذهب في نفس السياق، وعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.

"1- وبمعنى آخر إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتناسب مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب هذا العقد، أو مع التزامات قبل الآخر، وتبين أن المتعاقد الآخر المغبون لم يبرم العقد، لأن المتعاقد الآخر استغل طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

1_ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 106 و 107.

2_ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

3_ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 140 و 141.

2- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

ولهذا فإن تقدير الغش يكون تقديراً مادياً لما يتضمنه من تفاوت، وعدم التعادل بين الأداءات، ونجد أن القانون عادة ما يحدده بنسبة كالأخمس والثلث¹.

وفي الأخير تجب الإشارة أن الغبن لا يكون من عقود التبرع، وإنما يكون في عقود المعاوضة، لأن هذه الأخيرة توقع أحد الأطراف في الغبن، أما عقود التبرع فهي تقتصر على أن يقدم أحد الأطراف شيئاً دون الحصول على مقابل².

الفرع الثاني: الشكلية في العقد الإلكتروني.

إن العقود المبرمة عن بعد هي عموماً عقود رضائية، تتم ببساطة عن طريق تبادل موافقة الأطراف³.

فالأصل في العقود هو الرضائية، بمعنى يملك الأطراف المتعاقدين الحرية في اختيار التعبير عن إرادتين، أي بمجرد تبادل المتعاقدين إرادتهما ينعقد العقد مباشرة دون اللجوء إلى إجراء آخر، ولكن الاستثناء قد يتطلب القانون إفراغ هذا التراضي في شكل محدد، وهذا ما يسمى بالشكلية.

والعقود الشكلية هي " مجموعة العقود التي لا تكفي لإبرامها مجرد التراضي، وإنما يشترط فيها القانون مراعاة شكل خاص، بدونه لا يوجد العقد قانوناً ولا يربط أثراً، ولا يمكن الاحتجاج به"⁴.

1_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 105 - 107.

2_ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط01، 2010، ص 22.

3-Yousef SHANDI, la formation du contrat adistance par voie électronique, doctorat nouveau régime mention "droit privé", université ROBERT SCHUMAN STASBOURG 3, faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, soutenue publiquement le 28 juin 2005, paris, p 277.

4- سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط01، 2008، ص 59.

وبالرجوع إلى المادة 324 من القانون المدني الجزائري، نجد أنها نصت على الشكل الرسمي لعقد بيع العقار بالورقة الرسمية، التي يتولى تحريرها موظف عام أو شخص مختص مكلف بخدمة عامة¹.

ولكن الإشكالية المطروحة في هذا المجال، هي هل يمكن من خلال شبكات الاتصال الحديثة انعقاد العقود الشكلية؟، لأنه إذا تمت هذه الأخيرة عبر شبكة الانترنت تتعدم فيها العناصر الضرورية والأساسية.

بالنسبة للتشريع الفرنسي عدل من العقود الشكلية، وأصبح من الممكن انعقاد عقود شكلية عبر شبكة الانترنت وجعلها على سبيل الحصر، بمعنى أنه استثنى بعض العقود التي لا يمكن إبرامها عبر شبكة الانترنت، ومن بين هذه العقود عقود الزواج والعقود المرتبطة بالتركات، وعقود التأمينات العينية والشخصية، والعقود المدنية والتجارية.

غير أنه إذا كانت هذه العقود مرتبطة بتجارة المتعاقدين أو بمهنتهم، فيجوز إبرام العقد عبر شبكة الانترنت، وبالتالي يضاف عليها الطابع التجاري، ونفس الرأي ذهب إليه التشريع المصري بحيث يرى أنه لا يجوز إبرام العقود الشكلية عبر شبكات الانترنت، إلا إذا صدر قانون يسمح باعتبار المحررين العرفي والرسمي كشكل من أشكال انعقاد العقود.

وتوصل في الأخير على أنه للكتابة والمحركات الإلكترونية نفس الحجية المقررة للكتابة والمحركات العرفية والرسمية في قانون الإثبات، إذا توفرت جميع الشروط المنصوص عليها قانوناً².

1_ براهيم سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري كلية الحقوق . قسنطينة، 2007 . 2008، ص 03.

2_ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر (المحلة الكبرى)، د.ط، 2008، ص 226 و 227 و 230.

وتجب الإشارة أن الرسمية تعتبر من أهم صور الشكلية، لأن التصرف بورقة رسمية يقوم بتحريرها وختمها موظف عام بعد التوقيع عليها من قبل أطرافها، وبالتالي تصبح لها نفس الحجية المقررة في مواجهة الأطراف والغير¹.

وعليه إن القانون يشترط أن يكون العقد مكتوبا، وهذه الكتابة تكون مشروطة لإبرام العقد وانعقاده صحيحا لا لإثباته.

فإذا لم يتم العقد في الشكل الكتابي الذي يتطلبه القانون، لا يكون له وجود قانوني، أما إذا تم في هذا الشكل الكتابي فعندئذ يكون العقد شكليا، وتكون الكتابة عنصرا جوهريا في العقد لا ينعقد لولا توافرها².

والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالبا ما يكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف عمومي مكلف قانونا، ومثال ذلك العقود الرسمية كعقد بيع العقار والوعد ببيعه أو هبته أو رهنه، والعقود المؤسسة والمعدلة للشركات التجارية... إلخ، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد³، وهذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في الفصل الثاني والمتعلق بحجية العقد الإلكتروني في الإثبات والتنفيذ.

1_ سهيلة طمين، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011، ص 04.

2_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 191.

3_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الإلكتروني.

اعتبر الفقه القانوني التقليدي الإرادة على أنها الركن الأساسي في العقد، لأنها تعبر عن تراضي كل من طرفي العقد¹، وهذا التراضي هو الذي ينشأ العقد صحيحاً.

عندما ينشأ العقد صحيحاً نجد أن المتعاقدان يبحثان عن شيء محدد وعن هدف معين، فإن البحث عما يريده المتعاقدان نقصد به تحديد محل العقد، أما لماذا يريدانه فنقصد به تحديد سبب العقد²، وسنرتئي ذلك بالتفصيل خلال الفرعين التاليين، بحيث سنوضح في الفرع الأول المحل في العقد الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنعالج فيه السبب في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: المحل في العقد الإلكتروني.

نقصد بمحل الالتزام كل ما يتعهد به المدين سواء الالتزام بإعطاء شيء معين، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومحل الالتزام يختلف عن محل العقد، وهذا الأخير نقصد به العملية القانونية التي تراضي الطرفان على تحقيقها.

ومثال ذلك عقد البيع، نجد محله (العملية القانونية) يتمثل في نقل ملكية الشيء إلى المشتري، بالمقابل الحصول على ثمن معين، وبهذا يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، ويلتزم هذا الأخير بدفع الثمن³.

نجد أن المشرع الجزائري نص فيما يخص محل الالتزام توافر شروط معينة في المواد 92 - 96 من القانون المدني الجزائري، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب⁴.

1_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 33.

2_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 157.

3_ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 138.

4_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 205.

أما بالنسبة للمشرع الأردني نجده ينص على محل العقد في المادة 157 وما بعدها، واعتبره هو كذلك العملية القانونية التي يريد كل من الطرفين تحقيقها، ويرى أن هذه العمليات التي قد تكون محلا للعقد غير محدودة، لأن كل من الطرفين يستطيعوا أن يعقدوا من العقود ما شاءوا.

وتجب الإشارة أن محل الالتزام يتطور مع مرور الوقت، وقد تكون هناك عقود لا تصلح أساسا للاتفاق عليها لمخالفتها للنظام العام، أما في العصر الحالي تصبح مقبولة ومثال ذلك عقد التأمين مثلا لم يكن مسموح به سابقا لأنه يخالف الشريعة الإسلامية، أما اليوم أصبح عقد مسمى في التشريع الأردني¹.

إن المحل في الفقه الإسلامي هو كل ما وقع عليه التعاقد، قد يكون عينا ماليا، أو منفعة، أو عملا، وبذلك نجده يختلف باختلاف العقود الأخرى.

المحل في العقد الإلكتروني لا يختلف عن المحل في العقد التقليدي فهو يخضع للأحكام التي تحكم هذا الأخير، مثلا في حالة القيام بعمليات البيع عبر شبكة الانترنت يتم اختيار السلعة عبر هذه الشبكة، وبالتالي يتم الاتفاق بين الأطراف عن بعد، بحيث يسجل طلب السلعة ويدفع الثمن، وبعدها يحمل مباشرة في جهاز الكمبيوتر المملوك للمشتري.

كما قد يكون محل العقد أداء خدمة (معلومات معينة)، ومثال ذلك عقد خدمات المعلومات، الذي لا ينصب إلا على المعلومات المعالجة بالحاسبات، وتكون هذه المعلومات هي محل العقد، وقد يكون محل العقد خدمة معلوماتية، بحيث يمكن إجراء عملية جراحية لمريض في مكان معين والطبيب في مكان آخر².

وعليه نلاحظ أن تعيين محل العقد الإلكتروني يتم من خلال بيان مواصفات الشيء المباع وصوره، وهذا ما نجده في العقد التقليدي، ومثال ذلك وجود كتالوجات³.

1_ عدنان إبراهيم سرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 162.

2_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 34 و 35.

3_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 168.

وبالتالي فإن المحل في العقد الإلكتروني لا يخرج من نطاق التعاريف سالفة الذكر، فهو العملية القانونية التي أراد طرفا العقد تحقيقها، بهدف ترتيب التزامات معينة، سواء الالتزام بنقل ملكية شيء معين، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن العمل¹.

أما بالنسبة لشروط المحل في العقد الإلكتروني، فهي أيضا لا تختلف عن شروط المحل في العقد التقليدي، فيشترط فيه بصفة عامة أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، ممكناً ومشروعاً².

فإن محل الالتزام التعاقدية هو الذي يهمننا في دراستنا هذه، باعتباره شرطاً ضرورياً لقيام العقد، أما محل العقد فلا يشترط فيه، ولا يتطلب فيه القانون إلا أن يكون مشروعاً³، ويشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون موجوداً أو ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون مشروعاً⁴.

أولاً: أن يكون محل العقد الإلكتروني موجوداً أو ممكن الوجود.

لابد من ضرورة وجود محل الالتزام، لأن عدم وجوده يؤدي إلى انتفاء العقد، وإذا تخلف محل الالتزام لا ينشأ العقد، أما إذا كان محل الالتزام موجوداً ثم هلك قبل إبرام العقد، انتفى ركن المحل وكان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا لم يكن موجوداً وقت التعاقد، ويمكن أن يصبح موجوداً في المستقبل، ففي هذه الحالة كان العقد صحيحاً، وهذا ما نجده كثيراً في الحياة العملية، ومثال ذلك التعامل مع صاحب المصنع على مقدار معين من مصنوعاته قبل أن يبدأ في صنعها، وهذا ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"⁵.

1_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 160.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 112.

3_ عبد الحق الصافي، المرجع السابق، ص 76.

4_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع نفسه، ص 168.

5_ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 103.

بالرجوع إلى القواعد العامة فليس ثمة ما يمنع من أن يكون محل الالتزام غير موجود أثناء التعاقد، ما دام يمكنه أن يوجد في المستقبل¹.

وعلى أي حال، وفيما يتعلق بشرط الوجود أو الإمكان بالنسبة لمحل العقد الإلكتروني، نقول أنه لا يبدو لنا تمييز هذا الشرط بأية خصوصية، وعليه يجب أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت غير مستحيل في ذاته وقت إبرام العقد، كما يجب أن يكون ممكن الوجود في المستقبل، إذا لم يكن موجودا وقت إبرام العقد، وذلك بالتوافق مع ما قررته النصوص في هذا الخصوص².

وعليه فإن التعاقد عن طريق الانترنت، يكفي فيه عرض السلعة أو الخدمة على الشبكة أو عرض صورة السلعة³، ونرى من خلال ما سبق ذكره أنه لكي ينشأ الالتزام ويقوم العقد لابد أن يكون محله موجودا غير مستحيل، ونقصد بالاستحالة هنا التي تحول دون نشأة الالتزام أي الاستحالة الموضوعية، وليست الاستحالة الشخصية (الذاتية)، وبمعنى آخر لابد أن تكون هذه الاستحالة مطلقة وليست استحالة نسبية، ونفس الشيء ذهب إليه المشرع الأردني.

ثانيا: أن يكون محل العقد الإلكتروني معينا أو قابلا للتعين:

يتضح لنا من خلال هذا الشرط، أنه حتى يكون محل العقد الإلكتروني معينا أو قابلا للتعين، لابد أن يتم عرض الخدمات أو المنتجات كاملة عن طريق شبكة الاتصال الحديثة، والابتعاد عن كل خداع.

يجب أن يكون التعيين بصورة واضحة، وذلك إما عن طريق الوصف أو النوع أو المقدار، وفي هذا الشرط نكتفي بأن يكون الموضوع معينا بنوعيه دون الوصف أو المقدار، وفي حالة عدم توافر الوصف أو المقدار في العقد، يمكن تحديد العمل المطلوب فقط، أما إذا كان العقد محددًا تحديدا غير كافي، فإن هذا العقد يكون باطلا لعدم تعيين موضوعه⁴.

1_ الفصايلي الطيب، المرجع السابق، ص 108.

2_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 161 و 162.

3_ زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 124.

4_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 139 و 140.

إن المشرع الفرنسي أوجب ضرورة إعلام البائع المستهلك بالأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة، ومن خلال كل هذا فإنه يجب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة¹.

كما نجد مختلف التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية في معظم الدول، اهتمت بشرط تعيين محل العقد المبرم عبر الوسائل التقنية الحديثة، وهذا ما نجده في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، وذلك في البند الرابع في فقرته الأولى والثانية، إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية، ومكوناتها، وأبعادها، وكمياتها، وألوانها، وسماتها الخاصة، وغير ذلك من صفاتها الرئيسية، وكذلك تضمنت الفقرة الثانية وجوب تحديد محل الخدمات المعروضة ومحتواها.

ونفس الشيء ذهب إليه المشرع المصري بحيث نص صراحة على ضرورة إعلام البائع للمستهلك بالأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة، وكذلك بالرجوع إلى قانون الاستهلاك المصري في المادة 06 منه نجده ينص بأن يلتزم كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك، أو وقوعه في خلط أو غلط².

ونجد أيضا أن كل من المشرع الأردني والمغربي ذهبوا في نفس السياق الذي ذهب إليه المشرع المصري والفرنسي، وهو ضرورة تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة.

أما بالنسبة للمشرع الأمريكي فقد تضمن ما يسمى بالضمان الصريح، ومن بين صوره هو إمكانية التعاقد بناء على عينة مقدمة من البائع، بحيث أنه يمكن أن تعتبر هذه العينة بمثابة صورة لصفات السلعة، فإن المشتري يتمتع بضمان المطابقة بين السلعة التي تصله والعينة³.

1_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 169.

2_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 124 و 125.

3_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 169.

ثالثا: أن يكون محل العقد الإلكتروني مشروعاً.

يكون محل الالتزام بالعمل أو الامتناع عن عمل معين مشروعاً، إذا لم يخالف النظام العام¹، وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

إن فكرة النظام العام والآداب العامة هي فكرة متغيرة، تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتختلف كذلك من بلد لآخر، ونقصد بالنظام العام مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصالح العليا، والتي تتصل بكيان الجماعة².

والمشروعية في العقد الإلكتروني تعتبر من أهم هذه الشروط، لأنها تشترط أن لا يكون العمل مخالف للنظام العام والآداب العامة، ومثال ذلك تجارة المخدرات، واستغلال الأطفال جنسياً، وغيرها من الجرائم المخالفة للنظام العام³.

وبهذا نجد أن عقد التجارة الإلكترونية لا يختلف عن التجارة التقليدية كما سبق الذكر، فإذا كان محل العقد غير مشروع، أي مخالف للنظام العام والآداب العامة، أو مخالف لنص قانوني يمنع التعامل فيه كان العقد باطلاً⁴.

ومن أهم الصعوبات التي تواجه هذه التصرفات غير المشروعة هو عدم وجود رقابة فعالة عليها، لذا لا بد على فقهاء القانون والمتخصصين في عقود التجارة الإلكترونية إيجاد الحلول الفعالة لهذه المشكلة، التي تهدد كيان الفرد والمجتمع معاً.

ويجب أن يكون محل العقد الإلكتروني متفقاً مع القوانين المقارنة، وخاصة القوانين المنظمة للمنافسة في مجال التجارة الإلكترونية، وكذلك قوانين الاستهلاك والقوانين المنظمة

1_ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 242.

2_ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 105 و 106.

3_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 145.

4_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 125.

للعقود المبرمة عن بعد، وعليه يمنع الاتجار بالأسلحة والذخائر، أو الاتجار بجسم الإنسان، أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة¹.

الفرع الثاني: السبب في العقد الإلكتروني.

نص المشرع الجزائري على ركن السبب في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري ولكنه لم يعرفه، وإنما ترك ذلك لفقهاء القانون.

ونقصد بالسبب في التشريع الجزائري الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه الملتزم جراء تحمله للالتزام، ففي عقد البيع مثلا يتحمل البائع الالتزام بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، بهدف الحصول على الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه².

إن السبب ركن جوهري لا ينعقد بدونه العقد، فالسبب هو كل ما ينظر إليه المتعاقدين من وراء العقد، أي هو الغرض والهدف الذي يسعى إلى الوصول إليه عن طريق العقد³.

غير أن السبب بصفة عامة كان محل غموض وخلاف بين فقهاء القانون، خاصة فيما يخص سبب العقد، وسبب الالتزام، والسبب القسدي، أو المنشئ في النظرية التقليدية، والسبب الباعث في النظرية الحديثة.

ففي مجال العقود الالكترونية هذا لا يعنينا، لأن معظم هذه العقود تبرم عن بعد وبين غائبين، ولا يمكن لكل من الطرفين أن يعبر عن الباعث الدافع إلى التعاقد.

أولا: مشروعية السبب في العقد الإلكتروني.

إن التشريع المصري نجده نص على أن: "كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يتم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 113.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 217.

3_ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 108.

الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن لالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ."

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن سبب التزام كل من المتعاقدين لا يلزم أن يذكر في العقد، ولكن إذا انعدم هذا السبب، فإن هذا يبطل العقد¹، ومن بين تطبيقات القضاء اللبناني فيما يخص سبب العقد إبطال عقد بيع مفروشات لتجهيز بيت الدعارة، إذا كان البائع على علم بهذا الباعث.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي والقضاء المصري هو إبطال عقد التبرع للخليلة إذا كان الباعث على التبرع هو استبقاء العلاقة غير المشروعة معها، أما إذا كان الباعث تعويض الخلية عما أصابها من ضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد انقطاعها، فحينئذ يكون الباعث مشروعاً والعقد صحيحاً².

نجد أن المشرع الجزائري أخذ بسبب الالتزام وسبب العقد أي إدراجهما معاً، ولم يصرح على التفرقة بينهما، إضافة إلى ذلك نجده أخذ بالنظرية الحديثة التي تماشى معها القضاء، أما المشرع الفرنسي فقد تناول السبب ونظم أحكامه في المواد 1131-1133، حسب نص المادة 1131 فإنه ينبغي أن يكون السبب مشروعاً، وحسب نص المادة 1132 فإن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه، وحسب المادة 1133 فإنه ينبغي ألا يكون السبب مخالفاً للآداب والنظام العام³.

ثانياً: شروط السبب في العقد الإلكتروني.

يجب أن يكون السبب مشروعاً، أما إذا كان السبب على غير ذلك أي غير مشروع، فإنه يعتبر مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، ومثال ذلك تعهد شخص بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود، فإن التزام من تعهد بدفع النقود يكون باطلاً لعدم مشروعية سببه، وهو قيام الطرف الآخر بارتكاب الجريمة.

1_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 39.

2_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 149.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 117.

ومن خلال هذا المثال يتضح لنا أن الالتزام بارتكاب جريمة يكون باطلا، لأن محله غير مشروع، أما الالتزام بدفع النقود فمحله مشروع، غير أنه باطل لعدم مشروعية السبب والذي يتمثل في ارتكاب الجريمة¹.

لذلك فإنه يستند إلى السبب غير المشروع بطلان العقود التي يكون الغرض منها إحداث غش أو إنجاز فعل يتنافى مع الآداب العامة والأخلاق السائدة، لكن بطلان العقد بسبب الصفة غير الشرعية للسبب لا يسري إلا بشرطين:

أ - أن يكون الغرض غير المشروع، هو الذي حمل أحد الطرفين على التعاقد.

ب - أن يكون المتعاقد الآخر عالما بهذا الغرض غير المشروع، أو على الأقل كان بإمكانه أن يعلم به.

لذلك فبطلان بيع العقار استنادا إلى السبب غير المشروع لا يكون له مجال، إلا إذا كان البائع يعلم أنه سيستعمل البيت للدعارة مثلا².

إن التشريع الفرنسي ذهب إلى نفس السياق ونص صراحة على أنه يجب أن يكون ركن السبب مشروع لدى كل من الطرفين، أما إذا كان غير مشروع عند أحد الطرفين كان العقد باطلا³.

بينما المشرع المصري نص على ضرورة توافر شرط واحد، ألا وهو شرط المشروعية، وفي حالة مخالفة هذا الشرط أيضا يكون العقد باطلا كونه مخالف للنظام العام والآداب العامة⁴.

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 223.

2_ عبد الحق الصافي، المرجع السابق، ص 89.

3_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 127.

4_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 116 و 117.

نجد كذلك أن المشرع الأردني أخذ بركن السبب واعتبره ركن من أركان العقد، وأكد على ضرورة توافر مشروعية السبب حتى يتحقق ويقوم العقد، كل ذلك بهدف تحقيق العدالة في العقود، وإضفاء المشروعية عليها¹.

وبالتالي فإن العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة قد تتضمن أفعالاً مخرجة بالحياة، وتعتبر باطلة لكون السبب غير مشروع، غير أن مفهوم الآداب العامة يتطور مع الوقت، ويختلف من دولة لأخرى².

1_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 169.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 117.

الفصل الثاني: حجية العقد الإلكتروني في الإثبات والتنفيذ.

إن الإثبات الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن الإثبات العادي، وهذا ما أكدته اللجنة التابعة للأمم المتحدة، بحيث أصدرت في الآونة الأخيرة القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في 14 يونيو 1996، بحيث أكد على أن التصرفات التي أبرمت عبر شبكة الانترنت لا نستطيع الطعن في صحتها، لأنها أبرمت عبر شبكة الانترنت ولم تبرم بالطريقة العادية، وبالتالي فإن الوثيقة الإلكترونية مثلها مثل الوثيقة العادية في مجال إبرام العقود الإلكترونية، وذلك شريطة سهولة الوصول إلى الوثيقة الإلكترونية فيما بعد¹.

وتعتبر مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني من أكثر المراحل المهمة في كل العقود، كون التنفيذ يحقق هدف المتعاقدين من انعقادها، لأن كل من الطرفين له التزامات متقابلة سواء في العقود التقليدية أو الإلكترونية، غير أن هذه الأخيرة تثبت وتنفذ عبر شبكة الانترنت، أما العقود التقليدية تثبت وتنفذ في بيئة مادية².

وهذا ما سوف يدفعا في هذا الفصل إلى دراسة بحثين، نحدد في المبحث الأول حجية العقد الإلكتروني في الإثبات، أما المبحث الثاني سنعالج فيه حجية العقد الإلكتروني في التنفيذ.

المبحث الأول: حجية العقد الإلكتروني في الإثبات.

تظهر مشكلة إثبات التصرفات القانونية عند قيام نزاع يشوبها، وبالرجوع إلى الأنظمة القانونية نجدها اختلفت في تحديد مبادئ الإثبات، فهناك من تبنى مبدأ حرية الإثبات، وهناك من تبنى مبدأ الإثبات المقيد.

1_ عيسى الصمادي، الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني (عبر شبكة الانترنت)، دراسات قانونية (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 06 فيفري 2010 م - الربيع الأول 1431 هـ، الجزائر، ص 61.

2_ وسيلة لزعر، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق - بن عكنون - جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 03.

إن كل من المشرع الجزائري والمصري أخذوا بمبدأ الإثبات المقيد لإثبات التصرفات القانونية المتعلقة بالمسائل المدنية، فإذا زادت قيمة التصرف عن حد معين يكون الإثبات بالكتابة¹.

وعليه فإن الكتابة تلعب دورا هاما على الصعيد الدولي من خلال إثبات التصرفات القانونية، ولهذا اشترط القانون في الكتابة صورتان، الصورة الأولى هي يجب أن تكون في صورة محرر رسمي يقوم بإثباته موظف عام رسمي وتسري في مواجهة الناس كافة، أما الصورة الثانية فتكون في صورة محرر عرفي، ومعنى ذلك أنه لا يحرر من قبل موظف عام رسمي، ولكن يكون موقعا عليه من طرف الأطراف المتعاقدة فقط، وبالتالي فإنه لا يسري في مواجهة الناس كافة، وإنما يواجهه من وقع عليه فقط.

ولهذا فإن اللجوء إلى الكتابة واختيارها وسيلة من وسائل الإثبات لا يكون اختيارا تحكيميا، وإنما يرجع ذلك إلى الأمر المنطقي من أجل توفير أعلى درجات الأمان².

وعلى هذا الأساس صارت المحررات الالكترونية واقعا ملموسا على مستوى المجتمع، واعترفت مختلف التشريعات المقارنة بحجية المحررات الالكترونية في الإثبات، مما أدى إلى ظهور مفهوم قانوني جديد للكتابة ومن ثم صارت الكتابة الالكترونية دليلا كتابيا في الإثبات³، وكذلك بالنسبة للتوقيع الالكتروني، إذ أصبح عنصرا ثانيا من عناصر الإثبات.

كما توجد هناك أيضا جهات التصديق الالكتروني، التي تصدر شهادة تربط بين الموقع وبيانات إنشاء الموقع، وتلك الجهات هي جهات مرخص لها في داخل الجمهورية أو خارجها بتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الالكتروني، أما شهادة التوقيع الالكتروني هي تلك الشهادة الصادرة من جهات التصديق الالكتروني، والتي تثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع⁴، وهذا

1_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 128 و 129.

2_ لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 140 و 141.

3_ محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجامعة، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2011، ص 79 و 80.

4_ أمير فرج مينا، المرجع السابق، ص 163.

ما سنحاول توضيحه في المطلبين التاليين، بحيث سنتناول في المطلب الأول الكتابة والتوقيع الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنعالج فيه التوثيق الإلكتروني.

المطلب الأول: الكتابة والتوقيع الإلكترونيين.

هناك طرق كثيرة للإثبات في القانون المدني، غير أن هذا الأخير أعطى الأولوية للكتابة في الإثبات، وعليه حتى يقوم السند الكتابي ويتم قبوله في الإثبات يجب أن يكون هذا السند مكتوباً، ويجب أيضاً أن يكون موقعا.

يجب أن يكون الدليل مدونا كتابة، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق إلى المقصود بالكتابة، ثم شرح شروطها بالتفصيل.

كما يجب أن يكون الدليل موقعا، إذ أن التوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي والقانون يتطلبه سواء لمصلحة الورقة الرسمية أو الورقة العرفية، وهذا ما نصت عليه التشريعات المقارنة وبالأخص التشريع المغربي الذي نص على أنه: "يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه، ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملزم وأن يرد في أسفل الورقة، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه"¹.

إن التوقيع الإلكتروني يعجز عن أداء الوظائف التي يقوم بها التوقيع التقليدي، وبالأخص فيما هو مرتبط بحجيته في الإثبات لأنه منفصلا عن شخصية صاحبه، كما أن وجوده على الوسيط الإلكتروني لا يحقق نفس ضمانات التوقيع الإلكتروني، كما يمكنه أيضا أن يتعرض للقرصنة.

وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعين، الفرع الأول سنتناول فيه الكتابة الإلكترونية، أما الفرع الثاني سنحدد فيه التوقيع الإلكتروني.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 169 و 187.

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية.

إن المشرع الجزائري نص صراحة على الكتابة، واعتبرها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك في المادة 323 مكرراً من القانون المدني الجزائري بحيث نصت على أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها " ¹، فالقانون الجزائري لم يهتم على غرار القانون الفرنسي بصورة حقيقية مباشرة بفكرة الكتابة في ذاتها².

وبهذا فهي تعتبر من الضمانات التي تضمن للمتعاقدين صحة موجباتهم، وذلك في كل الأنظمة القانونية فهي الدليل الأسمى في معظم التشريعات المقارنة³.

أولاً: تعريف الكتابة الإلكترونية.

إن التشريعات المقارنة لم تحدد المقصود بالكتابة الإلكترونية، وإنما تركت ذلك لكل من اجتهادات الفقه والقضاء الذين ميزوا بدورهم بين المحررات العرفية والمحررات الرسمية، وعرفها بأنها: " الأوراق التي تصدر من الأفراد، والتي لا يدخل موظفاً عاماً في تحريرها " هذا بالنسبة للمحررات الرسمية، أما فيما يخص المحررات العرفية فعرفها بأنها: " تلك المحررات التي يدونها الموظف الرسمي في السجلات وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً " ⁴.

وإنطلاقاً من المعنى الواسع للكتابة أعلاه و بعد ظهور الكتابة الإلكترونية ، تبنت معظم التشريعات الحديثة ومعها المشرع الوطني تعريفات تعكس هذا الاتساع قصد استيعاب الكتابة الإلكترونية، ومن ذلك التعريف الذي استحدثه المشرع الفرنسي بموجب المادة 1316 من القانون رقم 230-2000 مؤرخ في 13 مارس 2000 يعدل و يتم القانون المدني، والتي

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 173.

2_ حبيب بلقنوشي، إثبات التعاقد عبر الانترنت (البريد المرئي) دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2011، ص 34.

3_ نصار محمد الحلامة، التجارة الإلكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط 01، 2012، ص 232.

4_ حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2000، ص 16.

عرف فيها الكتابة بأنها: "كل تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة من الآخرين أيا كان نوع الوسيط أو الدعامة التي يقع عليها، وأيا كانت طريقة نقلها¹ .

وفي هذا الصدد نجد أن كل من المشرع المصري والفرنسي اعتبرا الكتابة الإلكترونية من بين وسائل الإثبات المهمة في جميع التصرفات المدنية التي تفوق 500 جنيه بالنسبة للتشريع المصري، و 5000 أورو بالنسبة للتشريع الفرنسي، وبهذا يمكن لكل الطرفين إقامة الدليل على ذلك التصرف بجميع وسائل الإثبات² .

وهناك من عرف الكتابة الإلكترونية بأنها: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى، تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك " .

ويتبين لنا من خلال هذا التعريف أن الكتابة الإلكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية في عدة مجالات، من بينها أن الكتابة التقليدية تتمثل في كيان مادي ملموس وبالتالي يسهل على العين المجردة قراءتها، أما فيما يخص الكتابة الإلكترونية فهي مسجلة على دعامة مغناطيسية، ومن ثم لا نستطيع قراءتها إلا بواسطة الحاسب الآلي أو طبعا على ورق ملحق بالحاسب³ .

وهناك من اعتبر الكتابة الإلكترونية بأنها الكتابة التي تدرج على دعامة إلكترونية قابلة للاستنساخ والاسترجاع عن طريق جهاز الكمبيوتر، أيا كان نوعه أو درجة تقدمه أو مكوناته المادية⁴ .

¹- Art 1316 du code civil : « la preuve littérale, ou preuve par écrite, résulte d'une suite de lettres, de caractères de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification inintelligible, quels que soit leur support et leurs modalités de transmission » .

²_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 205.

³_ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2006، ص 272.

⁴_ نائل علي مساعدة، الكتابة في العقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد الخمسون - جمادى الأولى 1433 إبريل 2012، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 07.

فالكثابة الإلكترونية تعتبر شكلا جديدا في إطار عقود التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال وضع معلومات معينة في صورة رقمية على شرائح ممغنطة، تخزن فيها تلك المعلومات أو في أقراص، إما بشكل دائم أو لمدة زمنية معينة، حتى يمكن للمخول في هذه الحالة من الدخول للإطلاع على المعلومات الموجودة في تلك الشرائط أو الأقراص، دون تعديلها أو محوها أو زيادة أو نقصان فيها¹.

ولكن التساؤل المطروح في هذا الصدد، هو هل يمكن الاعتراف بهذه الكثابة الرقمية في مجال الإثبات؟.

إن الاتفاقيات الدولية الحالية لم تتضمن أي شروط مثل شرط الكثابة أو الوثائق الورقية، كما نجد كذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع للبضائع سنة 1980 على أنه: " لا يشترط شكلية معينة، ويجوز إثباته بأي وسيلة، بما في ذلك الإثبات بالبينة".

وهذا ما ذهب إليه جل الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية النقل متعددة الوسائط على التعريف الموسع للكثابة بالتلغراف والتلكس².

وكذلك المشرع الفرنسي نجده أكد على إمكانية الاعتراف بالكثابة الإلكترونية عن طريق إرسال أسطوانة مسجلة الكترونيا إلى غير ذلك من الوسائل المعروفة، بحيث عرفها بأنها: "الكثابة بالحروف أو بالخصائص أو بالأرقام أو بالعلامات أو الرموز، التي لها مفهوم يمكن الوقوف عليه، أيا كانت الدعامات التي ضمنت فيها الكثابة أو الطريقة التي تنقل بها"³.

1_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 115.

2_ ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 67.

3_ صابر عبد العزيز سلامة، المرجع السابق، ص 107 و 108.

وعليه فإن الكتابة الالكترونية تثبت التصرف القانوني إما بمحرر رسمي أو بمحرر عرفي¹، وهذا ما أكده أيضا المشرع الأردني بحيث اشترط توافر الكتابة أو تقديم المستندات والوثائق لإثبات أي تصرف أو واقعة².

الكتابة الالكترونية يجوز الإثبات بواسطتها في جميع التصرفات القانونية سواء في المعاملات المدنية أو التجارية، وذلك من خلال إتباع النمط التقليدي في الكتابة والتوقيع، ويترتب على مخالفتها بطلان التصرف القانوني، ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح، مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر والجهات الإدارية المختصة، مثل الشهر العقاري أو السجل التجاري لاستيعاب تلك الأساليب الحديثة أو العمل بها، وذلك من أجل مواكبة المستجدات على الصعيد العالمي من خلال الإدارة الالكترونية³.

فكلمة كتابة هي كل ما يحزر دون أن تشترط أي شكل معين أو وجود توقيع، وهذا ما يوضح لنا أن الكتابة يمكن أن تكون إما مذكرة شخصية، أو أي علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك.

إن المشرع الفرنسي وسع من المقصود بالكتابة الالكترونية كشرط من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، لأنه اعتبر الشريط الممغنط بداية ثبوت بالكتابة⁴.

وهناك نظريتان تحددان المقصود بالكتابة، النظرية الأولى تقتصر على نظرية الكتابة الورقية التي تحدد أربعة عناصر ضرورية ومهمة تنشأ منهم الكتابة وهي: الأداة والدعامة، المنهج أو الطريقة وعلامات الكتابة.

وبما أن الكتابة تتطلب ضرورة توافر هذه العناصر، وفي حالة انعدام هذه العناصر يعطل عملية إنتاج الكتابة، وتجب الإشارة أن هذه النظرية تعرض ثلاثة نقاط أساسية توضح النظرية الكتابية وتتمثل فيما يلي:

1_ عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط 01، 2009، ص 164.

2_ نصار محمد الحلامة، المرجع السابق، ص 233.

3_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 270.

4_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 208.

- 1- العناصر الفنية التي تستخدم في إنتاج الكتابة، ومدى الحرية المتاحة لاختيارها.
- 2- العناصر الفكرية المستخدمة في إنتاج الكتابة، ومدى الحرية المتاحة لاختيارها.
- 3- النظرية الكتابية الورقية واستخدام الكتابة الإلكترونية.

أما بالنسبة للنظرية الرمزية أو التمثيلية، فهي تعتبر المحرر دعامة مادية للمعلومات من طبيعة مادية وفكرية أو تصويرية، فالطبيعة المادية تقتصر على الطبيعة الملموسة لدعامته، والتي تكون دائما جسما ماديا، وتتميز بديمومتها وتكاملها، أما الطبيعة المعنوية أو التصويرية (الفكرية)، فهي تتعلق بالقيمة المعلوماتية للمحرر.

نلاحظ من خلال ما تقدم أن الكتابة الإلكترونية تحدد وفقا للنظريتين الكتابية (الورقية) أو النظرية الرمزية، ولكن لا بد من توافر وصف المحرر القانوني، ويجب أيضا أن تتوافر مجموعة من الشروط القانونية والتقنية حتى يمكن الاعتراف بالكتابة الإلكترونية في مختلف المجالات القانونية¹، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

ثانيا: شروط الكتابة الإلكترونية.

فقد تضمن القانون النموذجي لسنة 1996 رسالة البيانات مستوفية لشروط الكتابة وذلك في المادة 06 منه بحيث نصت على أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتم استخدامها بالرجوع إليه لاحقا.

وتسري أحكام الفقرة الأولى سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة".

1_ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني (دراسة في الفكرة القانونية للكتابة الإلكترونية ووظائفها في القانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2014، ص 41 و 42.

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة وجوب تقديم المعلومات على شكل بيانات حاسوبية مقروءة وسهلة للتفسير، مع الاحتفاظ بها في برمجيات الحاسوب¹.

وعليه اتفق مجموعة من الفقهاء على ضرورة توافر شروط معينة للاعتداد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون الوسيط مقروءاً، وتميز الكتابة بالاستمرارية والثبات.

أ- أن يكون المحرر الكتابي مقروءاً:

لكي يتم الاعتداد بأي محرر، فيجب أن يكون هذا الأخير مفهوماً وواضحاً، وذلك من خلال حروف ورموز مفهومة، ويتوافر هذا الشرط في كل من المحررين الرسمي والعرفي، وذلك من خلال طريقة تدوين المحرر الإلكتروني، وتحميل برامج خاصة على جهاز الكمبيوتر يختص بترجمة الأرقام والرموز إلى لغة الإنسان، وذلك عن طريق تحويل الرموز إلى حروف واضحة ومفهومة².

ومما سبق نلاحظ أن الكتابة لا بد أن تكون بشكل مقروء ومفهوم بالنسبة للإنسان، ولكن إذا كان النص مشفراً يجب أن يفكك هذا التشفير لكي يصبح واضحاً ومفهوماً بالنسبة للإنسان³.

ب - استمرارية الكتابة:

نقصد بها أن تدون الكتابة على دعامة أو وسيط يمكنها من الثبات والبقاء لمدة زمنية معينة، ونستطيع الرجوع إليها بسهولة عند استعمالها في الإثبات أو في أمر آخر، ولهذا أوجدت مختلف التشريعات المقارنة عدة وسائل تقنية مستحدثة، تضمن الحفاظ على البيانات والمعلومات وثباتها واستمراريتها.

1_نصار محمد الحالمة، المرجع السابق، ص 236 و 237.

2_محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 118.

3_سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني (ماهيته . صورته - حججه في الإثبات بين التداول والاقتباس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، ط2، 2006، ص 13 و 14.

إن حفظ الكتابة الإلكترونية يتم بواسطة عمل أرشيف الكتروني، تحتفظ فيه المستندات النافعة، والتي يمكن أن تكون مفيدة مستقبلا في الإثبات¹.

ج - الثبات:

يتم من خلال هذا الشرط حفظ المحرر الإلكتروني بطبيعته دون أي تعديل أو تغيير أو محو، وهذا ما أخذه قانون الأونسترال النموذجي في المادة 1/10/ب، بحيث نصت على أنه: " الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت " .

وعليه فإن غالبية الدول المقارنة أكدت على ضرورة وجوب حفظ المحرر دون أي تعديل أو تغيير أو محو أو تحشير، أما في حالة إنقاصه أو إسقاطه أو تعديله فللمحكمة أن تقدر ذلك، وهذا ما أكدته صراحة التشريع المصري بحيث أكد على أنه: " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير، وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها " ².

تطرقنا من خلال ما سبق إلى مفهوم الكتابة الإلكترونية وشروطها، وتوصلنا إلى تطابق الكتابة الإلكترونية مع الكتابة التقليدية من حيث المفهوم والشروط، ولكن التساؤل المطروح في هذا الصدد هو هل تتمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل وجدنا أن مختلف التشريعات المقارنة أخذت بمبدأ المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، إضافة إلى منحها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات، ونفس الشيء ذهب إليه المشرع الجزائري وذلك في المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري بحيث نصت على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها " ³.

1_ عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 51.

2_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 120.

3_ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 149 - 151.

بحيث هناك قرار صادر عن الغرفة المدنية 02 لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 2008/12/04، والذي يتضمن: " على المحاكم أن تعترف بالقيمة أو القوة الثبوتية للكتابة الرقمية، والتي تمثل لأحكام المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي، بالإضافة إلى توثيق عملية التجريد من طرف سياسة الأرشفة، وذلك لتحسين المعاملة القضائية لهذا النوع من التقاضي"¹.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني.

" لقد سادت فكرة التوقيع التقليدي لأمد طويل بوصفها الوسيلة الوحيدة قانونا، لتصديق وإقرار المعلومات التي تتضمنها المحررات، إلا أن التحول من المحسوس الرقمي ومن الدعامة الإلكترونية، ومع ظهور الحاسبات الآلية والوساطة المتعددة، والتجارة الإلكترونية فرضت إعادة النظر في المبادئ والقواعد التقليدية لقانون الإثبات، وخاصة التوقيع الإلكتروني"²، والذي نعني به " إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر، سواء في الأمر بأن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن، ويسري بمنع استعماله من قبل الغير، ويعطي الثقة في أن صدوره يفيد أنه بالفعل صدر من صاحب.

وهناك العديد من التشريعات المقارنة التي قامت بتحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني من جهة، وتحديد شروطه من جهة أخرى.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني.

لم يعد التوقيع بالإمضاء هو المصدر القانوني الوحيد لإعطاء الحجية للمحرر العرفي، وإنما أفرز البحث العلمي والتقدم التقني أداة مستجدة للتوقيع هي التوقيع الإلكتروني وهو توقيع لا محل للجوء إليه إلا في الكتابة الإلكترونية وهو يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و تمييزه عن غيره، وهو

1_cour de cassation, (pourvoi n 07/17622), 15 février 2009.

2_ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 13 - العدد 2003/02، الجزائر (حيدرة)، ص ص 49.

ما قضت به المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي سنة 2007 بنصها: "لتطبيق هذا المرسوم، يقصد بما يأتي:

التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 01 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه.

- التوقيع الإلكتروني المؤمن: هو توقيع إلكتروني يفى بالمتطلبات الآتية:
* يكون خاصا بالموقع.

* يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.

* يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه¹.

إن تعريف التوقيع الإلكتروني سبق تحديده من طرف القانون الجزائري رقم 15/04²، فبالرجوع إليه نجده نص على التوقيع الإلكتروني في المادة 02 منه: "بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"³.

أما بالنسبة للمشرع المصري نص عليه في القانون رقم 15 سنة 2004 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني المذكور سابقا، بحيث نص على أنه: "هو ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"⁴.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-162، مؤرخ في 30 مايو سنة 2007 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

² Harize asmaa, signature électronique "étude compare", mémoire DPGS "diplôme de poste de graduation spécialisée" en droit international des affaires, université d'Oran ES_SENIA faculté de droit, présentée et soutenue publiquement le 2007/ 2008, p 09.

³ - القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

⁴ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 189.

وهناك أيضا من عرفه بأنه : " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبة "1.

وعرفه قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة 02/أ على أنه : " بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات "2.

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن قانون الأونسترال النموذجي تكلم عن مسألتين مهمتين بخصوص التوقيع الإلكتروني، تتمثل المسألة الأولى في تعيين هوية الشخص الموقع، أما المسألة الثانية تقتصر على بيان موافقته على المعلومات الواردة في المحرر .

وهناك من عرفه أيضا بأنه : " أية حروف أو رموز أو أرقام يعبر عنها بالأساليب الإلكترونية، موضوعة ومتبناة من قبل شخص ما، مع توافر نية توثيق كتابة معينة لديه " .

وعرفه أيضا قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 سنة 2001 والمتضمن التوقيع الإلكتروني سالف الذكر في المادة 02 منه على أنه : " البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقفها، ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه " 3.

وكذلك يمكن تعريف التوقيع الإلكتروني على حسب مستوى الاتحاد الفيدرالي على أنه : " صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل الكتروني يلحق بعقد أو سجل آخر، ينفذ أو يصدر من شخص بقصد التوقيع على السجل " .

1_ حسن عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص 34.

2_ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الإشتراع لسنة 2001 للأمم المتحدة.

3_ مؤتمر "التجارة الإلكترونية...تجارة بلا حدود" بالتعاون مع غرفة تجارة الأردن، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عمان (المملكة الأردنية الهاشمية)، 2010، ص 93.

وهناك أيضا من عرف التوقيع الإلكتروني بأنه : " ما يوضع على محرر الكتروني (شريحة الكترونية)، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متميز ومنفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

إن التوقيع الإلكتروني يستخدم تقنية التشفير، الذي يعتمد بدوره على مفاتيح عام وخاص، إن المفتاح الخاص هو أداة الكترونية خاصة بصاحبها، وتقوم عن طريق عملية حسابية خاصة، وهو بمثابة البصمة لا يتكرر مع أي شخص آخر، أما المفتاح العام فيكون على الكافة وخاص بالشخص نفسه، ويستعمل من أجل التحقق من شخصية الموقع، والتأكد من صحة وسلامة المحرر الإلكتروني الأصلي¹.

ونلاحظ أن التعاريف الفقهية بخصوص التوقيع الإلكتروني تعددت وتتنوعت، وهناك من يرى بأنه عبارة عن : " مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام، إخراج رسالة الكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا، يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح وأحد معن والآخر خاص بصاحب الرسالة " ².

وعليه فإن التوقيع يشمل كافة أشكال التوقيع، سواء كان توقيعاً قانونياً خطياً أو الكترونياً أو في أي شكل آخر محتمل الظهور³.

وهناك أيضا من عرفه بأنه : " معلومات في شكل الكتروني تكون موجودة في سجل الكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً، يمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته ".

1_أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008، ص 15.

2_عاطف عبد الحميد حسن، التوقيع الإلكتروني (مفهومه- صورته - حججه في الإثبات في نطاق المعاملات المدنية) وفقاً للقانون رقم 10 سنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2008، ص 57 و 58.

3_سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 50.

وعرف أيضا بأنه : " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة، ذي شكل الكتروني وملحق أو مرتبط برسالة الكترونية ممهورة، بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة " ¹.

بينما يرى البعض الآخر أن التوقيع بصفة عامة هو عبارة عن : " العلامة أو الإشارة التي يضعها من ينسب إليه المحرر ويحتج عليه به، ويتم التوقيع عادة بالإمضاء وذلك بكتابة الاسم واللقب، وقد يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع، ولا يشترط في التوقيع إلا أن يكون دالا على صاحبه، ويميزه عن غيره من الأشخاص " ²، فالتوقيع الإلكتروني يسمح لكل من المرسل والمتلقي بالمصادقة عبر الانترنت ³.

إن التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، له نفس الحجية المقررة للتوقيع العادي (التقليدي) في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ⁴.

وتبين لنا من خلال ما سبق أن التوقيع الإلكتروني يتميز بمجموعة من الأشكال والصور تنطبق في مجالات متعددة ومختلفة.

ثانيا: صور وأشكال التوقيع الإلكتروني.

أوجدت التقنيات الحديثة صوراً وأشكالاً عديدة للتوقيعات الإلكترونية، وذلك بحسب الوسيلة والتقنية التي تستعمل في إنشاء التوقيع الإلكتروني، ومن هذه الأشكال والصور التوقيع البيومتري، والتوقيع بالقلم الإلكتروني، والتوقيع الرقمي.

1_ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2006، ص 43.

2_ محمد أمين الرومي، النظام القانوني التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، ط01، 2006، ص 10.

3_ Frédéric HUET, la fiscalité du commerce électronique, LITEC FISCAL, paris, 2000, p228.

4_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 282.

أ . التوقيع البيومتري:

التوقيع البيومتري هو نوع من أنواع التوقيعات الالكترونية التي تقوم بشكل أساسي ومهم جدا على الخصائص أو الخواص الذاتية للإنسان، ومثال ذلك بصمة الأصبع، بصمة الكف، بصمة الشفاه وبصمة الصوت، وتخزن هذه الخواص بصورة رقمية مضغوطة حتى لا تأخذ حيزا كبيرا على مستوى ذاكرة جهاز الحاسوب، بحيث يتم استخدامها عن طريق قيام العميل بإدخال البطاقة في الصراف الآلي¹.

يقوم هذا الشكل من التوقيع على تكنولوجيا " العلم البيومتروولوجي "، فهو يسمح باستخدام الخواص المميزة لكل شخص، تعني أنها تدخل ضمن تكنولوجيا البصمات والخواص الحيوية والطبيعية، التي تعتمد على الصفات والخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية، وتختلف هذه الصفات والخواص من شخص إلى آخر، فهي ذاتية يمكن من خلالها تحديد هوية الأشخاص².

ومن خلال هذه الخواص يمكن التحقق من شخصية المتعامل، والتعرف على الوجه البشري والتوقيع الشخصي، وذلك كما وضحناه أعلاه عن طريق إدخال المعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة مثل النقاط صورة حديثة دقيقة لعين المستخدم أو صورته، وتخزينها في ذاكرة الحاسب بطريقة مشفرة ليقوم بالمطابقة بعد ذلك³.

ويستخدم هذا الشكل في الشركات والبنوك والجهات الحكومية للتوقيع على سجل الحضور والذهاب، والأماكن التي تتطلب توافر الحماية الأمنية فيما يخص الدخول والخروج.

ولكن هذا النظام معيب وذلك لإمكانية مهاجمته أو نسخه، إذ بالإمكان أن تترتب على الذبذبات التي تصل الصورة أو الصوت للنسخ وإعادة استخدامها، كما أنه هذا النوع من التوقيعات الالكترونية ذا تكلفة مرتفعة، وذلك لارتفاع الأجهزة التشغيلية المرفقة له، كما أن

1_ علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 32.

2_ حسن طالبي، التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03 / ديسمبر 2013، الجزائر، ص 543.

3_ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 19.

التوقيع الإلكتروني يتوقف من جهة على توفير الثقة والأمان القانوني، ومن جهة أخرى يتوقف على إيجاد التقنية التي تؤمن انتقاله¹.

ب . التوقيع بالقلم الإلكتروني:

إن صورة التوقيع بالقلم الإلكتروني هي الصورة الثانية من التوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال استعمال طريقة **pen – op** أو التوقيع بالقلم الإلكتروني، إن القلم الإلكتروني الحسابي يستعمل من خلال الكتابة على شاشة الكمبيوتر، وذلك باستعمال برامج معينة ويقوم هذا الأخير بوظيفتين، حيث أن الأولى تقوم بخدة التقاط التوقيع، أما الثانية تقوم بخدمة التحقق من صحة التوقيع².

وتقوم هذه الصورة على نقل توقيع المحرر بخط اليد، من خلال التصوير بالماسح الضوئي، ثم بعد ذلك تنتقل هذه الصورة إلى الملف مباشرة، الذي يضاف فيه هذا التوقيع وإضفاء الحجية القانونية عليه.

إن التوقيع في هذا المجال يتم بخط اليد على شاشة الكمبيوتر، وبواسطة برنامج خاص الذي يحقق من سلامة هذا التوقيع، والصور التي يتخذها من دوائر أو انحناءات وغيرها...³، بالتالي فالتوقيع الإلكتروني يختلف عن التوقيع باليد في العقود التقليدية⁴.

إن شكل التوقيع بالقلم الإلكتروني يبدو سهلا من الناحية النظرية، ولكنه من الناحية العملية يبدو صعبا، لأنه لا يوفر الأمان الكافي مع إمكانية استخدامه في أية وثيقة أخرى، إذا كان أحد المتعاقدين مستخدما سوء نيته في حفظ نسخة من التوقيع المصور بالماسح⁵.

1_ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 73 و 74.

2_ عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، ط1، 01، 2005، ص 33.

3_ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 35 و 36.

4-Phillippe le TOURNEAU, contrats informatiques et électronique, Édition DALLOZ, paris, 2010, p 354.

5_ سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 66.

إذا حقق التوقيع الإلكتروني الوظيفتين المشار إليهما سابقاً، فإنه يمكن أن يعتبر عنصراً من بين عناصر دليل الإثبات، وعليه يمكنه استخدامه في توثيق التصرفات القانونية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية¹.

ج . التوقيع الرقمي:

إن التوقيع الرقمي يقوم على مفتاحين عام وخاص، إذ أن هذا الأخير يمكن الأفراد من تحديد هوية بعضهم البعض، ويمكنهم أيضاً أن يستعينوا بجهات التصديق التي تتمتع بمهام التحقق من هوية الشخص الذي يستعمل شهادة رقمية، يمكنها التأكد من هوية الشخص من خلال ما تحتويه من معلومات عن شخص معين².

وبدأ استخدام التوقيع الرقمي لأول مرة في المعاملات البنكية، وذلك لما تحتويه البطاقات الذكية والبطاقات الموندكس من أرقام سرية، إذ تمكن هذه البطاقات صاحبها من القيام بجميع العمليات البنكية، بحيث أصبح التوقيع الرقمي يستعمل في الرسائل الإلكترونية المتبادلة بطريقة موثوق بها³.

إن التوقيع الرقمي يقوم على أساس تحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، لا يستطيع أحد إعادتها إلى وضعيتها المقررة، إلا الشخص الذي يملك المعادلة الخاصة به، فهذا النوع من التوقيعات يعتبر أكثر أمناً و سرية⁴.

وعليه فإن أكثر التوقيعات الرقمية شيوعاً هي تلك القائمة على ترميز المفاتيح العمومية والخاصة، فمن خلال المفاتيح العمومية يمكن لمن يهتم بقراءة الرسالة الدخول إليها وقراءتها دون

1_ عيسى غسان ربيضي، المرجع السابق، ص 66.

2_ غازي أبو عرابي و فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية . المجلد 20 . العدد الأول . 2004، كلية الحقوق الجامعة الأردنية، الأردن، ص 11.

3_ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 253.

4_ كوثر زهدور، التوقيع الإلكتروني وحجتيه في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارناً، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران كلية الحقوق، 2007 و 2008، ص 131.

إجراء أي تعديل أو تغيير عليها، فإذا وافق عليها وأراد بإبداء رأيه بقبولها، فإنه يوقع عليها من خلال مفتاحه الخاص، وفي الأخير تعود الرسالة إلى صاحبها مزيلة بالتوقيع¹.

وفي الأخير نجد أن هذا النوع من أشكال التوقيع الإلكتروني يتطلب وجود جهة مختصة ومحايدة، ويجب أن تكون مرخص لها من ناحية إصدار هذه المعاملات، ويكون ذلك من خلال طلب المتعاملين عبر شبكة الانترنت، وكذلك يستعمل التشفير في إنشاء هذا التوقيع والتحقق من صحته وسلامته².

وحتى يعتبر التوقيع الخطي كصورة من صور التوقيع الإلكتروني لابد أن يكون هذا الأخير متمتعاً بالحجية القانونية³.

المطلب الثاني: التوثيق الإلكتروني.

إن التوثيق الإلكتروني هو من أحدث التعاملات الإلكترونية الحديثة، وهذا ما أدى إلى تدخل تشريعات بعض الدول لتحديد جهات التوثيق الإلكتروني وإجراءاته، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال الفرعين التاليين، سنعالج في الفرع الأول تعريف التوثيق الإلكتروني بينما في الفرع الثاني سنعالج فيه إجراءات التوثيق الإلكتروني.

الفرع الأول: ماهية التوثيق الإلكتروني.

من أهم الأمور الواجب توافرها أثناء مرحلة التعاقد هي الثقة والأمان لدى الطرفين المتعاقدين، إضافة إلى ما تتسم به من عدم الوجود المادي لأطراف التعاقد، هذا ما يستلزم وجود طرف ثالث محايد طبيعياً كان أو معنوياً وهو التوثيق الإلكتروني⁴.

بحيث سنحدد في هذا الفرع المقصود بالتوثيق الإلكتروني وشهاداته من جهة، ومن جهة أخرى سنوضح أنواع شهادات التوثيق الإلكتروني من خلال ما يلي:

1_ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، المرجع السابق، ص 197.

2_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 160.

3_ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 394 و 395.

4_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 172.

أولاً: تعريف التوثيق الإلكتروني.

نصت المادة 02/هـ من قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية على المقصود بجهة التوثيق الإلكتروني بأنها: " شخص يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية " ¹.

وعرفه كذلك المرسوم العماني للمعاملات الإلكترونية رقم 2008/69 في المادة 22 منه على أنه: "يعتبر التوقيع الإلكتروني محمياً وجديراً، بأن يعتمد عليه إذا تحقق كالاتي:

أ - كانت أداة إنشاء التوقيع في سياق استخدامها مقصورة على الموقع دون غيره.

ب - كانت أداة إنشاء التوقيع في وقت التوقيع، تحت سيطرة الموقع دون غيره.

ج - كان ممكناً كشف أي تغيير للتوقيع الإلكتروني، يحدث بعد وقت التوقيع.

د - كان ممكناً كشف أي تغيير في المعلومات المرتبطة بالتوقيع، يحدث بعد وقت

التوقيع.

ومع ذلك يجوز لكل ذي شأن أن يثبت بأية طريقة، أن التوقيع جدير بأن يعتمد عليه، أو

أنه ليس كذلك " ².

لقد اختلف كل من الفقه والقانون المقارن على تعريف التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، بحيث يطلق عليها جانب من الفقهاء على أنها سلطة إشهار، واعتبروا هذه الأخيرة على أنها هيئة عامة أو خاصة تقوم بتوثيق هوية الأشخاص، بينما يرى جانب آخر من الفقهاء على أنه هيئة أو مؤسسة عامة أو خاصة تستخرج شهادات الكترونية ³.

1_ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع لسنة 2001 للأمم المتحدة.

2_ مرسوم سلطنة عمان رقم 2008/69 المتعلق بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.

3_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 242.

وهناك من الباحثين من يعتبرون أن التوثيق الإلكتروني هو الوثيقة الإلكترونية التي تستعمل لإثبات التصرفات القانونية، التي تدرج بوسائل الكترونية عبر شبكة الانترنت¹.

وبهذا فإنه ينتج عن جهات التوثيق الإلكتروني وثيقة أو شهادات التوثيق الإلكتروني، بحيث تعرف بأنها الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين، استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة².

وعرفها القانون النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية في المادة 02 منه على أنها: "رسالة بيانات أو سجلا آخرا، يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

وعرف أيضا قانون التوقيع الإلكتروني المصري سالف الذكر في المادة 01 منه على أنها: "الشهادات التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

وعليه نجد أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري نص على نشاط جهات التوثيق والتصديق الإلكتروني، إلا أنه لم يجعل هذا التوثيق إلزاميا على أطراف المعاملة الإلكترونية وإنما ترك لهم حرية اللجوء إليه.

وبذلك فهي تلك الشهادات التي تصدر من جهة معتمدة ومرخصة من قبل الدولة، لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات التوثيق المعتمدة، وهذه الشهادات يقصد من الحصول عليها تأكيد نسبة رسالة البيانات أو العقد الإلكتروني إلى مصدره، وأن التوقيع الإلكتروني هو التوقيع الصحيح والصادر ممن نسب إليه³، وإن توثيق وحفظ العقود (التي يتم إبرامها بصورة تقليدية أو متاحة بهيئة وثائق رقمية) عبر وسائل الحفظ والتوثيق والتسجيل الرقمي يعرف بالتوثيق الرقمي للعقود⁴.

1_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 228.

2_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 248.

3_ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 252.

4_ يوسف بن عبد الله العريفي، الملتقى العدلي الأول " وسائل الإثبات في القضاء " الغرفة التجارية - الأحساء إنتركونتننتال (السعودية)، 1434 هـ ، ص 02.

وعليه فإن التوثيق الإلكتروني هو مجموعة من الإجراءات المعتمدة والمتفق عليها بين الأطراف، بهدف التحقق من أن التوقيع الإلكتروني لم يتعرض إلى أي تعديل أو تغيير، وعلى هذا الأساس أوجدت التشريعات التي نظمت أحكام الكتابة الإلكترونية بنوع من التفصيل، هيئات للبت في مدى الأخذ بموثوقية وأمان ونوع معين من التوقيعات الإلكترونية بصفة مستقلة على إرادة الأطراف، وقد أنشأ المشرع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، وأحدث أيضا المشرع المصري هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ونفس الشيء في فرنسا بحيث نجد:

« prestataires de services de certification électronique ».

وتقوم هذه الجهات بتحديد هوية المتعاملين على شبكة الانترنت وتحدد مدى أهليتهم للتعاقد، كما تقوم هذه الجهات بالتحري عن المواقع التجارية المتواجدة على شبكة الانترنت، وتتأكد من جدية هذه المواقع ومدى مصداقيتها، وتصدر كذلك شهادات التوقيع الإلكتروني كما وضحناه سابقا.

كما يجب أن تقوم هيئات التوثيق الإلكتروني بإمسك دفاتر وسجلات الكترونية يتم فيها قيد التوقيعات الإلكترونية، وما هو قائم منها وما أبطل أو ألغي منها¹، وتجب الإشارة أن هذه الجهات لا يجوز لها مزاوله نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، إلا بترخيص من الهيئة².

ثانيا: أنواع شهادات التصديق الإلكتروني.

إن أنواع شهادات التصديق الإلكتروني تلعب دورا مهما في مجال التجارة الإلكترونية، وتقوم بوظيفة الربط بين الموقع ومفتاحه العام، وهي عبارة عن سجل إلكتروني يتكون من بيانات أو معلومات إلكترونية، تنشأ وتعالج بواسطة وسيط إلكتروني³.

1_ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 163.

2_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 290.

3_ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 114.

إن المشرع الجزائري نص صراحة على شهادة التصديق الإلكتروني في المادة 02 من قانون رقم 04/15 على أنها: " وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"¹.

ونجد أن المشرع المصري أقر أن شهادات التصديق الإلكتروني نوعان، شهادات صادرة من جهات تصديق مصرية التي، تقوم بفحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، ثم فحص التوقيع الإلكتروني، ومن ثم فإن هذه الشهادة تمكن الأطراف من إجراء المعاملات الإلكترونية، أما عن شهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية فهي التي تكون صادرة داخل جمهورية مصر العربية.

ولهذا يجب وضع شروط وضوابط تقنية وفنية، لتنظيم العمل بشهادات التصديق الأجنبية، حتى يتم الاعتراف المتبادل بالشهادات بين الدول².

وزيادة على ذلك فإن شهادات التوثيق في الوقت الحالي تتعدد وتتنوع، إلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي الذي سبق ذكره سابقا، وهناك شهادات توثيق أخرى من بينها شهادة البيان التي تثبت صحة واقعة معينة ووقت وقوعها، وشهادة الإذن التي تتولى تقديم بيانات عن صاحب التوقيع كمؤهلاته ومحل إقامته³.

وهناك أيضا شهادة تاريخ الإصدار التي توثق تاريخ ووقت صدور التوقيع الرقمي، حيث يقوم صاحب الشهادة بعد التوقيع عليها، إرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقيعها من جهتها، ثم تعديلها إلى مرسلها وفقا لإتباع إجراءات معينة⁴.

وتجب الإشارة أنه لكي تكون للشهادة قيمة قانونية كاملة في الإثبات، يجب أن تقتصر على معلومات وبيانات محددة تمنح الثقة في مضمونها، وتمنح كذلك الاعتقاد بسلامة محتواها، وتتمثل هذه المعلومات والبيانات في تحديد شخصية مقدم خدمة التوثيق والدولة التي نشأ بها

1_ القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

2_ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 117 و 118.

3_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 325.

4_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 252.

لممارسة اختصاصه، اسم الموقع الفعلي، صاحب الشهادة أو اسمه المستعار، ميزة خاصة للموقع، وذلك حسب الاستعمال الذي أعطيت من أجله، تحديد المفتاح العام الذي يتم من خلاله التحقق من أن التوقيع الرقمي قد أنشئ باستخدام المفتاح الخاص المناظر له، والخاضع لسيطرة الموقع وحده، تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ انتهائها، الرقم التسلسلي الخاص بالشهادة، التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة¹.

ولكن التساؤل يبقى مطروح حول مدى إلزامية لجوء الأطراف للتوثيق الإلكتروني؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل نجد أن التوجيه الأوربي لم يجعل التوثيق إلزامياً، وإنما ترك ذلك لحرية المتعاقدين في اللجوء إليه، وهذا على العكس التشريع الأمريكي الفيدرالي، بحيث نجده منح للأطراف المتعاقدة سلطة تنظيم تقنيات ووسائل التوثيق الإلكتروني.

كما نجد أيضاً أن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الذي سبق الإشارة إليه نص على أنه: " لكي يمكن للشخص أن يعتمد على توقيع الكتروني، فيجب على الطرف الذي يعتمد على التوقيع الإلكتروني أن يتحقق من أن التوقيع الإلكتروني معزز بشهادة، أو كان من المتوقع أن يكون كذلك " .

ومن خلال هذا نرى أنه لا بد من إلزامية لجوء الأطراف للتوثيق الإلكتروني، وسمح للأطراف أن يقوموا بتحديد استخدام مزودي خدمات تصديق معينين، أو فئة معينة منهم، أو فئة محددة من الشهادات².

وللحصول على ترخيص لإصدار شهادات التصديق الإلكتروني نتبع الخطوات التالية:

1_ التقدم بالطلب على النماذج التي تعدها الهيئة في هذا الشأن، مصحوباً بالبيانات والمستندات الدالة على توافر الشروط والأحكام المنصوص عليها قانوناً.

2_ تقوم الهيئة بعد تسلمها لكافة المستندات والبيانات المطلوبة من طالب الترخيص بفحصها والتأكد من سلامتها، وتبث الهيئة في الطلب الحصول على الترخيص خلال مدة

1_ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 184.

2_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 319.

لا تتجاوز ستين يوماً من تاريخ استيفاء طالب الترخيص لجميع ما تطلبه الهيئة منه، ما لم تخطر الهيئة طالب الترخيص بمد هذه المدة، وفي حالة انقضاء هذه المدة دون إصدار الترخيص يعتبر الطلب مرفوضاً.

4_ يحدد مجلس إدارة الهيئة مقابل إصدار وتجديد الترخيص وقواعد وإجراءات اقتضائه، ويلتزم المرخص له بسداد هذا المقابل عند منح الترخيص.

5_ تمنح الهيئة الترخيص طبقاً للإجراءات والقواعد والضمانات المنصوص عليها قانوناً، وما يقره مجلس إدارة الهيئة من قواعد في هذا الشأن.

وعليه ينشأ جدول خاص بالهيئة تقيد فيه الجهات المرخص لها، ويعطي لكل جهة رقم مسلسل ويحدد فيه نوع الترخيص الممنوح لها، ويتضمن بيانات هذه الجهة ورأس مالها وأعضاء مجلس إدارتها والمديرين بها وفروعها ومكاتبها، وغير ذلك من البيانات التي يحددها مجلس إدارة الهيئة¹.

وبالتالي فإن شهادات التصديق الإلكتروني تقوم بدور فعال جداً في مجال المعاملات الإلكترونية²، ولكن التساؤل المطروح هو كيف تتم إجراءات التوثيق الإلكتروني؟.

الفرع الثاني: إجراءات التوثيق الإلكتروني.

بما أن التوثيق الإلكتروني هو الوسيلة الوحيدة لحماية التوقيع الإلكتروني من أي تلف أو تحريف، فإن إجراءاته لا يشترط أن تكون معتمدة من الجهة الحكومية، ولا يوجد ما يمنع أن تكون معتمدة من قبل جهة غير حكومية.

اعترف المشرع الأردني بإجراءات التوثيق القادرة على التحقق من سلامة القيد الإلكتروني، وهذا ما بينته المادة 30/أ³، أما المشرع المصري لم يهتم بمعالجة هذه المسألة في

1_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 294 و 295.

2_ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 182.

3_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 154، مقتبس من ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 2009، ص 98.

قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني¹، وهذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل من خلال النقاط الآتي بيانها:

أولاً: إجراءات التوثيق المعتمدة.

يشترط أن تكون إجراءات التوثيق معتمدة من جهة حكومية أو غير حكومية، وهذا ما نجده في نص المادة 05 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن القواعد الموحدة الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية، وأن أي طريقة صالحة لإنشاء توقيع الكتروني قابلة للاعتماد عليها من حيث شكل التوقيع الإلكتروني وإجراءات إصداره ومن ثم توقيعه، ولا يجوز التمييز بين طرق إصدار التوقيع الإلكتروني، وهذا يعني أن لا تكون إجراءات التوثيق المطبقة عائقاً أمام قبول التوقيع الإلكتروني.

إن الجهة التي تتوثق من التوقيعات الدولية هي التي تقوم بتحديدتها، وتقوم أيضاً بإيجاد عنصرَي الأمان والقابلية للتنبؤ كغاية أساسية من إنشاء هذه الجهة عند استخدام تقنيات التوقيع الإلكتروني².

أما بالنسبة للتشريع الأردني لم يحدد أي تعريف أو إجراء لهذه الجهة في حالة قيامها بإجراءات التوثيق الإلكتروني، وإنما اكتفى ببيان ما يلي:

" تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية:

- 1 - صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.
- 2 - صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها.
- 3- صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوضة قانوناً بذلك.
- 4- صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها ."

1_ ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 98.

2_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 256.

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أنه لم يتم تحديد أي إجراء من إجراءات جهة التوثيق الإلكتروني وما هي طرق عملها، وهذا يعود إلى عدم إصدار الأنظمة اللازمة في هذا المجال، إضافة إلى ذلك نقص الأحكام القانونية المتعلقة بالتوثيق الإلكتروني وإجراءاته.

بينما تشريع إمارة دبي نص صراحة على مجموعة من البنود الخاصة بإجراءات التوثيق المعتمدة وضرورة الالتزام بها، بحيث نصت **المادة 23/أ** منه على أنه: " لأغراض هذا القانون يعين الرئيس بقرار يصدره، مراقبا لخدمات التصديق وعلى وجه الخصوص لأغراض ترخيص وتصديق ومراقبة أنشطة مزودي خدمات التصديق والإشراف عليها، وينشر هذا القرار في ج ر 1".

ونصت أيضا **المادة 1/24** من نفس القانون على أنه: " ضرورة قيام مزود خدمات التصديق بإيلاء الاعتبار لمجموعة من العناصر، وذلك لتقرير فيما إذا كانت إجراءات التصديق جديرة بالثقة أم لا، نذكر منها مدى توافر الموارد المالية والبشرية، ومدى الثقة في أجهزة وبرامج الحاسب الآلي، وإجراءات معالجة وإصدار الشهادات والاحتفاظ بالسجلات "2.

ثانيا: الإجراءات المقبولة تجاريا.

تعتبر إجراءات التوثيق وأساليب تنفيذ التوثيق مقبولة تجاريا، إذا تم مراعاة الظروف التجارية الخاصة بأطراف المعاملة³، وهذه الظروف أوضحتها **المادة 30/ب** من قانون المعاملات الإلكتروني الأردني على أنه: " تعد إجراءات التوثيق المقبولة تجاريا، إذا تمت عند تطبيقها مراعاة الظروف التجارية الخاصة بأطراف المعاملة ".

وتتمثل هذه الظروف في طبيعة المعاملة، درجة دراية كل طرف من أطراف المعاملة، حجم المعاملات التجارية المماثلة التي ارتبط بها كل طرف من الأطراف، توافر الإجراءات

1_ قانون إمارة دبي رقم 02 سنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

2_ عبيد ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر، الأردن (عمان)، ط1، 01، 2010، ص 32- 34.

3_ ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 99.

البديلة التي رفض أي من الأطراف استعمالها، تكلفة الإجراءات البديلة، الإجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة ."

ومن خلال ما سبق اتضح لنا أن الأشخاص المتعاملين بالوسيلة الإلكترونية لهم حق تطبيق إجراءات التوثيق، وتكون مقبولة تجارياً إذا تمت في ظل الظروف التجارية الخاصة بكل طرف من أطراف المعاملة، وكل هذا بغرض تسهيل عملية التوثيق وحماية مصالح كل طرف من الأطراف، وتخفيض التكاليف المالية المرتفعة¹.

إن الهدف من ضرورة مراعاة طبيعة المعاملة هو تعيين طبيعة الصفقة التجارية ما إذا كانت ذا قيمة مالية كبيرة أو واردة على بضائع ذات خواص معينة.

أما الهدف من درجة دراية كل طرف من أطراف المعاملة والخبرة الفنية التي يتمتع بها كل طرف هو إعطاء نوع من الحماية للطرف الأقل خبرة ومعرفة ودراية في مجال المعاملات الإلكترونية.

والهدف من ضرورة مراعاة حجم المعاملات التجارية المماثلة التي يرتبط بها كل طرف، هو بيان الطرف الأكثر دراية وخبرة في مجال هذه المعاملات وإجراءات التوثيق الخاصة بها، وهذا يعني عدم التساهل معه، كونه أكثر دراية وخبرة من الطرف الآخر.

والهدف من اشتراط مراعاة توافر الإجراءات البديلة هو تأمين إجراءات توثيق بديلة في حال فشل الإجراءات المتفق عليها الأطراف من خلال تطبيقها.

بينما الهدف من شرط كلفة الإجراءات هو استبعاد إجراءات التوثيق ذات تكلفة مرتفعة جداً، لأنه من غير المنطق استعمال تقنيات ذات تكلفة مرتفعة لتوثيق كل من سجل الكتروني أو رسالة الكترونية في معاملة قيمتها المالية البسيطة جداً.

إن الهدف من ضرورة مراعاة الإجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة هو التسهيل على المتعاملين أي إجراء من إجراءات التوثيق الإلكتروني، وذلك في حالة وجود إجراءات وعادات

1_عبير ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 36.

وأعراف تجارية متعلقة بتوثيق معاملة معينة، ما يسهل عملية التوثيق دون تلقي أي صعوبات على أطراف هذه المعاملة.

كما تجب الإشارة أنه في حالة مراعاة الظروف التجارية المذكورة سابقا، تجعل كل إجراء من إجراءات التوثيق ذات فعالية كبيرة ومرجوة في تحقيق الهدف منها، والمتمثل في اعتماد القيد واعتباره موثقا، وأنه لم يتعرض إلى أي تعديل أو تغيير من تاريخ توثيقه¹.

ثالثا: الإجراءات المتفق عليها بين الأطراف.

لقد أعطى المشرع الحرية التامة للأفراد للخروج من الإجراءات المعتمدة وتلك المقبولة تجاريا، واللجوء إلى إجراءات أخرى قد تكون أكثر ملائمة لطبيعة المعاملات التي يجرونها.

ولكن التساؤل يبقى مطروح في هذا المجال، والمتمثل في مدى تمتع الأفراد ذوو العلاقة من حرية الخروج على إجراءات التوثيق المعتمدة أو المقبولة تجاريا واعتماد إجراءات توثيق أخرى؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية نجد أن التشريع الأردني حاول إيجاد حل، لتحديد مدى حرية الأفراد في استخدام إجراءات توثيق أخرى متفق عليها.

إن المادة 03/ب من الأحكام العامة اشترطت مراعاة قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية، بحيث نصت على ما يلي: "يراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها".

ومن خلال نص هذه المادة نرى أن اتفاق الأطراف ذوو العلاقة هو مشروط بمراعاة قواعد العرف الدولي التجاري المختص بالمعاملات الإلكترونية وعدم الخروج عنها.

1_ عبير ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 37 و 38.

وعليه فإن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني نص صراحة على أنه لحجية التوقيع الإلكتروني يشترط أن يكون موثقاً، ويجب أن يتم التوقيع الموثق أثناء مدة سريان شهادة توثيق معتمدة، ومتطابقة مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة¹.

" وعليه وتطبيقاً للقواعد المحددة أعلاه، وحيث أن القاعدة العامة فيما يتعلق بالعقود ومن ضمنها العقود الإلكترونية أن العبرة باتفاق الأطراف وأن العقد شريعة المتعاقدين، وحيث أن الأصل في الأشياء الإباحة بشرط عدم مخالفة القانون أو النظام العام أو الآداب، وبالتالي هناك حرية ممنوحة للأفراد باستعمال إجراءات توثيق خاصة ومتفق عليها فيما بينهم، إلا أن هذه الحرية مشروطة بعدم مخالفة قانون الدولة المعنية أو نظامها العام أو آدابها العامة."

وفي الأخير نرى أن التوثيق الإلكتروني وإجراءاته يعتبر من أهم المواضيع في العصر الحديث، خاصة بعد التطورات التي ظهرت في مجال الاتصال والتكنولوجيا، وكل هذا بهدف توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها كاملة عند اللزوم دون تعديل في محتواها، لذا وجب على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص يتعلق بالمعاملات الإلكترونية، وخاصة جهات التوثيق الإلكتروني التي توفر الثقة والأمان في معاملات التجارة الإلكترونية².

المبحث الثاني: قوة العقد الإلكتروني في التنفيذ.

إن معظم التشريعات المقارنة المعاصرة تواجه تحديات كبيرة في مجال التعامل الإلكتروني، وكل ما هو مرتبط بظاهرة التجارة الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت أو غيرها من وسائل التعامل الإلكتروني...³.

ومن أهم التعاملات الإلكترونية نجد مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني، الذي يعتبر من أكثر المراحل المهمة في كل العقود، لأن هذا التنفيذ يحقق أهداف الأطراف المتعاقدة من التعاقد.

وكقاعدة عامة أن يتم هذا التنفيذ اختيارياً سواء بصورة كلية أو جزئية، إلا أنه في بعض الحالات قد يمتنع أحد الطرفين المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، هذا ما يدفع الطرف الآخر إلى

1_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 257 و 258.

2_ عبير ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 41.

3_ أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ط 01، 2008، ص 09.

الاستعانة بالسلطات العامة لإعمال القوة الملزمة، لإلزام الطرف المتقاعس على تنفيذ التزاماته¹، كما هو الحال في معظم العقود، وطبقاً للأصول القانونية المتعلقة بالتنفيذ الجبري².

ويتمثل محل التزام المتعاقد المخل بالتزاماته في تسليم السلعة و تقديم الخدمة، وبعد ذلك البحث عن الوسائل الإلكترونية للدفع التي تتماشى مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت³، وهذا ما سنعالجه من خلال مطلبين، بحيث سنعالج في المطلب الأول التزام المتعاقد بتسليم السلعة و تقديم الخدمة، أما في المطلب الثاني سنتناول فيه التزام المتعاقد الآخر بالوفاء الكترونياً.

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة.

يقصد بالتسليم تخلي البائع عن حيازة الشيء المبيع للمشتري، ووضعه تحت تصرفه بقصد الانتفاع به، بما يتفق مع العقد والقانون⁴.

يتم تنفيذ العقد حسب القواعد التقليدية بتسليم السلعة محل التعاقد، وهذا ما يجعلنا نفترض أن البائع قد قام بالتزامه المتمثل بأداء الخدمة⁵، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال الفرعين التاليين، بحيث سنحدد في الفرع الأول التزام المتعاقد بتسليم السلعة، أما الفرع الثاني سنحدد فيه التزام المتعاقد بتقديم وأداء الخدمة.

الفرع الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة.

"لا يقتصر التزام البائع على تسليم المبيع وملحقاته، بل يشمل كذلك واجب المحافظة على الشيء المبيع إلى حين تسليمه أو نقل حيازته للمشتري، كما يشمل كذلك واجب البائع

1_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، ط2، 02، 2007، ص 87.

2_ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 151.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 205.

4_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 98.

5_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط2، 02، المرجع السابق، ص 88.

بتزويد المشتري بكل المعلومات المتعلقة به، فيصف له المنتج محل البيع ويخبره بطريقة استعماله، ويزوده بالإحتياجات اللازمة أثناء التشغيل.

إن أهمية هذا الالتزام زادت في السنوات الأخيرة، وذلك بعد التطور الكبير الذي شهد في الصناعة، حيث أن تعقد الأجهزة الحديثة وتعدد أنواع المنتوجات الخطرة، وشيوع استعمالها بين كافة فئات المجتمع أوجب تأكيد هذا الالتزام، بحيث يترتب على الإخلال به تحمل البائع النتائج المترتبة عن ذلك¹.

إن المشرع الجزائري نص على التزام المتعاقد بتسليم السلعة في العقود العادية، وذلك في المادة 167 من القانون المدني الجزائري على أنه: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء، والمحافظة عليه حتى التسليم".

إن نص هذه المادة ينطبق على جميع العقود الناقلة لحق عيني، ومثال ذلك عقد البيع، فالبايع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك الذي قد يحدث قبل التسليم، لأن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة ليس التزام ببذل عناية²، ونفس الشيء فيما يخص التسليم عبر شبكة الانترنت.

وعليه فإن التسليم يعتبر واجبا على البائع سواء في العقود التقليدية أو في العقود الإلكترونية، بحيث يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري حسب المعلومات والخصوصيات المتفق عليها من قبل³.

بالرجوع إلى التشريع الأردني نجده نص على التسليم في المادة 496 من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا اتفق المتبايعان على عد المشتري متسلما للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجبت النصوص التشريعية عد بعض الحالات تسليما، عد التسليم قد تم حكما".

1_ لطيفة أمازوز، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03 / ديسمبر 2013، الجزائر، ص 85.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 205 و 206.

3_ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2013، ص 200.

ويتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن التسليم قد يكون إما ماديا أو قانونيا، فالتسليم المادي يسمى بالتسليم الفعلي، ففيه يقوم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري يدا ليد، ومثال ذلك أن يقوم البائع بتسجيل السيارة باسم المشتري ومنحه مفاتيحها، أو عن طريق منح البائع مفاتيح العقار وتمكينه من الدخول والانتفاع به، فعندما يسمح البائع للمشتري من استلام الشيء المبيع من المخازن، يسمى هذا التسليم تسليما حكمايا.

وعليه فإن التسليم يشمل عنصرين أساسيين الأول يتمثل في وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وتمكينه من الانتفاع به، ففي هذه الحالة لا يشترط أن تكون الحيازة قد انتقلت فعلا إلى المشتري، وإنما يكفي أنه حصل على هذه الحيازة، أما الثاني فيتمثل في أن يخطر البائع المشتري بوضع الشيء المبيع تحت تصرفه وذلك بأية وسيلة اتصال.

أما التسليم القانوني فهو الذي يكون تنفيذه بأعمال قانونية وليس مادية من طرف البائع، قد يكون حكمايا أو اتفاقيا، فالتسليم الحكمي نكون بصدده إذا كان الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، كأن يكون مستأجرا له أو راهنا له قبل عملية البيع، أما التسليم الاتفاقي يتحقق عندما يتفق البائع والمشتري على استلام المبيع في المكان والزمان المحددين¹، وبهذا فإن التسليم هو الوسيلة التي تؤدي إلى انتفاع المشتري بالمبيع².

من خلال ما سبق نرى أنه بإمكان البائع أن يتصل بالمشتري بأية وسيلة اتصال وإخباره بأنه مستعد لتسليمه الشيء المبيع، ولكن الإشكالية أو السؤال المطروح في هذه الحالة هو كيف يتم التسليم عبر شبكة الانترنت؟.

إن التشريع الفرنسي أكد على ضرورة تحديد كيفية التسليم، ويكون ذلك إما عن طريق البريد أو عن طريق وسائل النقل، أو عن طريق جهاز الحاسوب بواسطة الخط³.

1_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 99 و 101.

2_ لطيفة مازوني، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري كلية الحقوق بتييزي وزو، 2011/07/03، ص 11.

3_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 130.

إن معظم العقود ركزت على تنظيم التسليم، ومن بين هذه العقود عقد **Infonie** تحت عنوان تسليم السلع بحيث نص البند **12** منه على أنه: " يتم تسليم السلع في موطنك أو في عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير"¹.

بحيث يستوجب على البائع أن يقوم بإصدار البضاعة إلى المكان المتفق عليه، بجميع وسائل النقل المناسبة للظروف والشروط المحددة².

إن المشرع الجزائري نص على مكان التسليم في **المادة 368** من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك "³.

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن التسليم يتم بموطن البائع حسب القواعد العامة، فإذا وقعت تبعة الهلاك أثناء الطريق، فإن البائع هو الذي يتحمل هذه التبعة وليس المشتري، لأن التسليم لم يتم بعد⁴.

إذن إن تسليم الشيء المبيع يكون في المكان المتواجد به وأثناء قيام العقد، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإذا اتفق الأطراف في عقد بيع مثلا أن يكون الشيء المبيع في مكان معين، وجب على البائع أن ينقله إلى ذلك المكان، إذا طلب منه المشتري ذلك⁵.

1_ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية (وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر، الأردن، دبي، البحرين)، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2007، ص 256.

2_ جودت هندي، "التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للمبيع الدولي لعام 1980، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28 العدد 02 / 2012، مصر (دمشق)، ص 84.

3_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

4_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 208 و 209.

5_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 152 و 153.

وقد يتم التسليم عبر البريد، أو عبر وسائل النقل، أو عن طريق جهاز الكمبيوتر من خلال الخط، وبهذا فإن التسليم عن طريق البريد، يمكن أن يثير بعض الصعوبات التي تؤدي إلى التأخير في التسليم الذي لا يتجاوز ما هو متوقع عادة.

لهذا الغرض أكدت الشروط الخاصة بأحد المراكز الأمريكية **CD NOW** على النص على أنه: " يتوقف تسليم أغلب الطلبات التي يكون محلها ثلاثة قطع أو أقل على ظروف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الطلبات التي تتضمن أربعة قطع أو أكثر أو التي تكون قيمتها مائة دولار أو أكثر، فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع (مع الملاحظة أنه قد يشترط التوقيع من أجل تسليم الطرود المرسلة بالبريد السريع، وأنه قد لا يسلم في أيام العطلات)، وقد نقدم لكم خدمة البريد السريع اختياريًا، إذا كانت متاحة لنا بمقابل زهيد، وذلك بالنسبة للطلبات التي تتضمن ثلاثة قطع أو أقل " ¹.

وأما عن الأشياء المعنوية فإنها تسلم عن طريق صندوق البريد الإلكتروني، ومثال ذلك شراء كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية، بحيث يتم إرسال هذه الأشياء عن طريق تحميلها في شكل الكتروني ².

وتجب الإشارة أنه بمجرد وصول المعلومات التي تم تحميلها على جهاز المشتري إلى صندوق البريد الإلكتروني لهذا الأخير، فإنه يعتبر أن المشتري على علم بالتسليم ³.

أما بالنسبة لزمان التسليم في التشريع الجزائري فنجد أنه لم يحدد مدة معينة، وإنما ترك حرية الاختيار للمتعاقدين، فقد يكون ذلك أثناء إبرام العقد، أو بعد إبرامه بأجل معين أو آجال متتالية، فإذا لم يكن هناك اتفاق حول وقت التسليم، فيجب أن يكون التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ولكن يمكن أن يكون هناك تأخير في الوقت حسب ما تقتضيه طبيعة المبيع والعرف ⁴.

1_ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 256 و 257.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 209.

3_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط2، المرجع السابق، ص 89.

4_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 208.

ونفس الشيء ذهب إليه المشرع اللبناني بحيث يرى أن التسليم يجب أن يتم في الوقت المحدد له في العقد، فإذا لم يكن هناك وقت محدد يتم التسليم أثناء قيام العقد مع مراعاة الآجال التي تقتضيها ماهية المبيع أو العرف¹.

في حين ترى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في المادة 34 منها، أن البائع يكون ملزماً بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع، وعليه أن يوفي بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين في العقد وعلى النحو الذي يقتضيه².

كما تجب الإشارة أن نفقات تسليم المبيع تقع على عاتق البائع كقاعدة عامة، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، أما إذا أخل البائع بالتزامه والمتمثل في تسليم الشيء المبيع، جاز للمشتري أن يطلب فسخ عقد البيع، مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، وكذلك يجوز للبائع أن يطلب التنفيذ العيني، الذي طرح صعوبات كثيرة فيما يخص المسافات التي تفصل بينهما³.

وبما أن المخاطر التي تعترض السلعة أثناء النقل تقع على عاتق البائع، فإن التشريع الفرنسي وجد حلاً مغايراً لذلك تماماً فيما يخص العقود المنعقدة عن بعد، إذ يفترض أن البائع أوفى بالتزامه بالتسليم بمجرد وضع السلعة في حوزة الناقل، ومن ثم تقع مخاطر هلاك السلعة على عاتق المشتري⁴.

وفي الأخير تجب الملاحظة أن التسليم عبر شبكة الانترنت يتم في بعض الحالات، من خلال تسليم وتحميل برامج أو نسخ من موقع معين إلى الجزء الصلب الموجود في جهاز آخر، فذلك يسمح للمشتري بالدخول إلى موقع محدد للانتفاع⁵.

1_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 153.

2_ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، نيويورك (فيينا)، كانون الثاني/يناير 2011، ص 11.

3_ مناني فراح، المرجع نفسه، ص 209.

4_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط2، المرجع السابق، ص 90.

5_ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، المرجع السابق، ص 201 و 209.

الفرع الثاني: التزام المتعاقد بتقديم و أداء الخدمة.

تمثل تجارة الخدمات حالة السلعة ذات الكيان المعنوي كالمعلومات مثلا، بحيث يقوم منتج بنك المعلومات (البائع) بعرض معلومات معينة حول السلعة التي يريد بيعها، ويشترط في هذه المعلومات أن تكون حديثة وشاملة إذ تغطي تماما المجال محل العقد، ومثال ذلك العقد الذي يتضمن تقديم معلومات خاصة التي تشمل حركة الاستثمار الدولي.

فالخدمات التي تعرض عبر شبكة الانترنت عديدة ومتنوعة، منها الاستشارات القانونية التي يقدمها المحامين أو الاشتراك في بنوك المعلومات، إذ نجد أن عقد الاشتراك المبرم عبر شبكة الانترنت لا يمكن أن ينفذ في وقت واحد ومحدد، وإنما ينفذ من خلال أوقات مستمرة¹.

"وعليه تجب الإشارة أن الالتزام بتقديم الخدمة يعد التزاما زمنيا مستمرا، فغالبا ما يستمر هذا الالتزام فترة من الزمن".

وهناك العديد من العقود التي تسمح بتعاون الزبون والمورد، من أجل تلقي نصائح فنية التي تكسبه معلومات شاملة وصحيحة، للوصول إلى الخدمة التي يرغب الوصول إليها، مثلا عندما يقوم المتعاقد بتقديم نصائح للزبون، لشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات، أو قيام الزبون بتنظيم دورات تعليمية من خلال شبكة الانترنت.

في الأصل إن التزام المورد بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة، ولكن إذا اتضح من خلال نصوص العقد أو طبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، ففي هذه الحالة يصبح التزام ببذل عناية، وعليه فإن المورد لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

ولتقادي هذا كله يجب على المورد أن يلتزم بتقديم معلومات صحيحة وشاملة، بالإضافة إلى الحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له، أما في حالة الإخلال بالخدمة المتفق عليها يجوز للمستفيد أن يطالب بالتعويض.

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 209.

إضافة إلى هذين الالتزامين هناك أيضا الالتزام بضمان العيوب الخفية، وكذلك الالتزام بالصيانة، فمعظم التشريعات المقارنة حرصت على حماية المشتري المستفيد من الخدمة، لأن هناك طرف ضعيف يواجه المنتج أو الموزع دائما¹، وبما أن البائع ملزم بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري، فإن هذا الأخير مجبر على دفع عوض مالي للبائع².

المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء إلكترونيا.

تشير الدراسات المختلفة بوجود عيوب في أمن المدفوعات عبر شبكة الانترنت، تعوق تطوير التجارة الإلكترونية، وهناك دراسة قام بها **CREDOC RAFFOURITERACTIF** من قبل تقرير عن المجلس الوطني للمعلومات لسنة 2001، وتوصل تقرير هذا المجلس إلى انعدام الثقة في الدفع عبر الإنترنت، وتم اقتراح العديد من أنظمة الدفع الإلكترونية، وذلك لتأمين المعاملات الاقتصادية³، وتشجيع المدفوعات الإلكترونية بما في ذلك بطاقة السحب الآلي⁴.

إن الالتزام بالوفاء إلكترونيا هو التزام أساسي في التعاقد عبر الإنترنت، بحيث أن المشتري يتحمل تبعية هذا الالتزام، وهذا الأخير يتسم من حيث طريقة الوفاء أنه عقد يبرم وينفذ في كل مراحله عن طريق الإنترنت، ومن بين الوسائل الأكثر استخداما في مجال تسوية المعاملات نجد النقود وغيرها من الوسائل الأخرى، وبالتالي فإن الدفع الإلكتروني يتم بواسطة النقود أو البطاقات البنكية أو الشيكات وغيرها⁵.

والدفع الإلكتروني يطرح تساؤلين في هذا المجال يتعلق الأول بتحديد نظام الدفع الإلكتروني، أما الثاني فيتعلق بتحديد وسائله، وهذا ما تم تخصيصه ودراسته من خلال الفرعين التاليين، بحيث سنعالج نظام الدفع الإلكتروني في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنعالج فيه وسائل الدفع الإلكتروني، وذلك من خلال ما يلي:

1_صفوان حمزة إبراهيم عيسى، المرجع السابق، ص 210 . 212.

2_وليد محمد بخيت الوزان، "إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع"، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 02.

3_ David BOUNIE et Marc BOURREAU, sécurité des paiements et développement du commerce électronique, Revue économique, n 04-55 juillet 2004, France (paris), p 689 et 690.

4_ David BOUNIE et Abel FRANCOIS, Vers une économie des paiements électroniques?, Revue d'économie financière, n 109 mars 2013, France (paris), p 283.

5_بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 197.

الفرع الأول: نظام الدفع الإلكتروني.

إن الدفع الإلكتروني أولاً وقبل كل شيء هو تسديد الثمن عبر شبكة الانترنت، وقبل دراسة المادة أو الوسيلة التي يتم بها هذا الدفع، يجب علينا أولاً الإجابة عن الإشكالية المتمثلة في: ما المقصود بالدفع الإلكتروني؟¹.

"يقصد بالدفع الإلكتروني القيام بأداء ثمن المبيع بطريقة الكترونية، من خلال شبكة اتصال دولية مفتوحة على معظم دول العالم وهي الانترنت، وبهذا يكون الدفع الإلكتروني متفقا مع خصوصية العقد الإلكتروني وسرعته، فقد اتسع نطاق التجارة الإلكترونية وتشعبت أنواعها ومجالاتها، وتم حينها استبدال الوسائل التقليدية المكتوبة بالوسائل الإلكترونية سواء كانت وثائق الكترونية أو توقيع الكتروني".

ويعرف الدفع الإلكتروني بأنه: " العملية التي تتمثل في توفير مبلغ نقدي مقابل تسليم السلع أو البضائع"².

وبهذا فإن الوفاء أو الدفع الإلكتروني يعد تقنية جديدة معقدة لتحقيق أهدافها، وتنفيذ التزامات الأطراف المتعاقدة³.

إن الدفع الإلكتروني يتسم بجملة من الخصائص مكنته من الحصول على مكانة رئيسية وأساسية في ميدان التجارة الإلكترونية، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

- إن وسائل الدفع الإلكتروني يجب أن تتميز بالطابع أو الطبيعة الدولية، بمعنى أنها تكون مقبولة في جميع دول العالم.
- إن وسائل الدفع الإلكتروني تستعمل لتسوية المعاملات الإلكترونية، أي العقود المبرمة عن بعد عن طريق شبكة الانترنت.

1_ Etienne WERY, paiements et monnaie électroniques (droits européen français et beige), Edition LARCIER, Belgique, 2007, p 11.

2_ Thierry Piette COUDOL et André BERTRAND, internet et la loi, Édition Dalloz, paris, 1997, p 193.

3_ واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق . تيزي وزو، 2011/05/09، ص 22.

- الدفع الإلكتروني يستخدم بواسطة النقود الإلكترونية، وهذه الأخيرة عبارة عن قيمة نقدية محملة على بطاقة أو بطاقة تحمل ذاكرة رقمية.
- يتم الدفع الإلكتروني بنقود مخصصة مسبقاً لغرض الدفع الإلكتروني، ويتم كذلك من خلال البطاقات البنكية العادية.
- إن الدفع الإلكتروني يتم بوجود نظام مصرفي معد مسبقاً لدى طرفي العقد يتيح الدفع بهذه الوسيلة.
- إن الدفع الإلكتروني يكون مرفوقاً بوسائل فنية توفر الأمان، والغرض منها تحديد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه.
- يتم الدفع إلكترونياً أيضاً عبر شبكة خاصة، يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد، وهذا ما يفترض وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم، ويتم كذلك عبر شبكة عامة يتم من خلالها التعامل بين العديد من المستخدمين، التي لا تربط بينهم أية روابط¹.
- ففي القديم كان الدفع يتم عن طريق ورقات مالية، أما في الوقت الحالي فإن أغلب العمليات التجارية تتم عبر تسليم الشيكات أو الكمبيالات أو تحويل بنكي من حساب لآخر.
- أما فيما يخص الدفع عن طريق الإنترنت، فإنه يخضع للطبيعة اللامادية التي يتم بها، وهذا ما جعل دفع البنوك تعمل جاهدة، وخاصة في الآونة الأخيرة إلى تطوير شيكاتها العالمية للأداء الإلكتروني².

ولهذا نجد أن معظم العقود تحرص على ضرورة تكريس وتحديد العملة التي يتم الوفاء بها إلكترونياً، بحيث نجد عقد المركز التجاري **Infonie** نص صراحة على تعيين الثمن بالفرنك الفرنسي، وذلك لا يمنع من أن يكون الدفع بعملة أجنبية، بحيث نصت المادة **1.1.8** على أنه: " أن يحدد الأسعار بالعملة الفرنسية، ويجوز أيضاً أن يحددها بعملة أجنبية في حالة المنتجات التي سوف تصدر إلى بلد أجنبي، أو تلك التي يكون منشؤها في بلد أجنبي " .

1_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 198 . 201.

2_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 211.

وتحرص هذه المادة كذلك على ضرورة الالتزام بالأسعار التي تم تحديدها من قبل، حتى ولو امتلك البائع رخصة مشروعة في تغيير هذه الأسعار، بحيث نص الدليل على أنه: " أننا نحفظ بالحق في تعديل الأسعار في أي وقت، أما بالنسبة للطلبات التي قبلت فإننا نلتزم بالأسعار المحددة وقت الطلب " ¹.

وعليه فإن أهمية الدفع الإلكتروني تتجلى في إيجاد وسائل دفع مناسبة تكفل أقصى درجات الأمان والملائمة من الناحيتين الفنية والقانونية، التي تبني عليها ثقة المستهلك ².
ومن هنا ظهرت وسائل الدفع التي تتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت، وأصبحت تسمى الدفع أو السداد الإلكتروني ³.

الفرع الثاني: وسائل الدفع الإلكتروني.

تعرف وسيلة الدفع الإلكتروني بأنها: " الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد، عبر الشبكات العمومية للاتصالات " ⁴.
إن طرق الدفع تختلف من دولة لأخرى نتيجة التقدم التكنولوجي والتقني والعوامل البيئية الاقتصادية، إضافة إلى درجة الوعي المصرفي للعملاء ⁵.

1_ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 250 و 251.

2_ أحمد السيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص 04.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 210.

4_ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 129.

5_ مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، تقرير التطبيقات حول " طرق الدفع عبر الحدود (الحالية والناشئة) وإمكانية استغلالها في عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب "، 2007، ص 09.

لقد أشار المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 11/03 الذي يتعلق بالنقد والقرض إلى وسائل الدفع، وذلك في المادة 69 منه، حيث نصت على أنه: "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن الشخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"¹.

كما أن وسيلة الدفع تختلف أيضا باختلاف ما إذا كان بائعا عاديا أو شركة أو مشروع تجاري آخر، فكل من هؤلاء يختار ما يناسبه من وسائل الدفع، مثلا إذا كان مشروع صغير فإنه يفضل الدفع بالنقود السائلة لغرض تسوية المعاملات، أما إذا كان مشروع كبير، فإنه يفضل الشيك من أجل مواجهة العمليات ذات الأرقام المرتفعة.

إلا أنه هناك من يرى أن الشيك يمكن استعماله كورقة مادية لتسهيل التعامل بين البائع والمشتري، وهناك من يرى أنه لا يمكن استعماله لتسهيل هذا التعامل، ولهذا تطلب الأمر إلى البحث عن وسيلة لسداد الثمن تتماشى وتتوافق مع العقد المبرم عبر شبكة الانترنت².

وبالرجوع إلى قانون رقم 04_575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي (L.C.E.N)، نجده نص في المادة 1/25 على الدفع الإلكتروني من خلال تمرير الاعتماد إلكترونيا³.

وبهذا حرصت العقود أن يتم الوفاء أحيانا عن طريق ما يسمى بالبطاقة المصرفية، وهذا ما نص عليه أيضا عقد المركز التجاري تحت عنوان "الثمن وشروط الوفاء" على أنه: "يتم الوفاء ببطاقة مصرفية، وعلى وجه الخصوص البطاقات التي تحمل علامات **VISA ، EUROCARD ، MASTERCARD** المقبولة في فرنسا، وكذلك البطاقات المماثلة المقبولة في نطاق الشيكات الدولية، أو بواسطة أية وسيلة أخرى للوفاء يقبلها المتجر المشارك".

1_ الأمر رقم 11/03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، المؤرخ 28 جمادى الثانية عام 1424هـ الموافق 27 غشت سنة 2003.

2_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 198.

3_ loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

وكذلك أشار العقد النموذجي في البند العاشر منه تحت عنوان "الوفاء" إلى جواز الوفاء بثلاثة طرق، إما أن يتم الوفاء فوراً عبر بطاقة مصرفية، وإما يؤجل الوفاء إلى حين التسليم¹.

وبالرجوع للموقع التجاري أوشان نجده اختار الدفع عن طريق بطاقة الائتمان، وكذلك مكتبة " **le monde en tique** " نجدها اختارت طريقة الدفع الكلاسيكية عن طريق إرسال الشيك أو عن طريق الفاكس لرقم بطاقة الائتمان للمستهلك.

بحيث بقي اليوم خمسة (05) أنظمة للدفع في مجال التجارة الإلكترونية، وتتمثل في طريقة الدفع التقليدية، العملة الرقمية، المحفظة الإلكترونية، بطاقة الائتمان، الدفع عن طريق الوسيط².

وقد سائر المشرع الجزائري ركب التشريعات الحديثة، من خلال إجبار المتعاملين الاقتصاديين على استخدام وسائل الدفع الإلكتروني، عن تقديم كل سلع وخدمات للمستهلكين، لدى نصه في المادة 111 من قانون المالية الجزائري رقم 17_11، بحيث نصت على أنه: " يتعين على كل متعامل اقتصادي، بمفهوم القانون رقم 04_02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، يقدم سلعا و/أو خدمات للمستهلكين، أن يضع في متناولهم وسائل دفع إلكتروني تسمح لهم بدفع ثمن مشترياتهم باستعمال بطاقات الدفع الإلكتروني، بناء على طلبهم.

كلّ إخلال بهذا الالتزام يشكل مخالفة لأحكام هذه المادة ويعاقب عليها بغرامة قدرها خمسون ألف دينار (50.000) د.ج.

يخول الموظفون الآتي بيانهم، في إطار مهامهم، بمعاينة مخالفة هذا الالتزام:

- ضباط وأعاون الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية؛
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة؛
- الأعاون المعنيون المنتمون لمصالح الإدارة الجبائية.

1_ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 251 - 253.

2_ Michelle JEAN- BAPTISTE, op.cit, p 130 et 131.

يتعين على المتعاملين الاقتصاديين أن يمتثلوا لأحكام هذه المادة في أجل أقصاه سنة واحد (1)، ابتداء من تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية¹. وبهذا أصبح للمتعاملين عبر شبكة الانترنت مجموعة من الخيارات للتعامل مع بعضهم البعض، من بين هذه الخيارات نجد بطاقة الائتمان، النقود الالكترونية والشيك الالكتروني، وغيرها من الوسائل الأخرى²، وهذا ما سنحاول دراسته فيما يلي:

أولاً: بطاقة الائتمان (الاعتماد).

"ترجع نشأة بطاقة الائتمان إلى خمسينيات القرن الماضي وتحديدًا لعام 1985م، عندما أصدر مصرف أمريكا بطاقة باسم **BANK AMERICARD** في ولايات كاليفورنيا بالألوان الزرقاء والذهبية والبيضاء، حيث سمح من خلالها لمجموعة محددة من المستخدمين بسداد قيمة المشتريات عند التجار دون أي ثمن"³.

تعتبر بطاقة الائتمان من البطاقات البلاستيكية التي تمنحها البنوك لعملائها، من أجل استعمالها في عمليات الشراء، ولكن التسديد يكون لاحقًا من خلال تأجيله لفترة زمنية معينة مقابل فائدة⁴.

1_ قانون رقم 11_17 مؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1439 الموافق 27 ديسمبر سنة 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76 المؤرخ في 09 ربيع الثاني عام 1439 هـ الموافق 28 ديسمبر سنة 2017 م.

2_ أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2013، ص 55.

3_ محمد عمر الشويرف، التجارة الالكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 2013، ص 113.

4_ علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الالكترونية ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها (دراسة تطبيقية على بنك فلسطين)، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية 2010. المجلد 12. العدد 1، فلسطين (غزة)، 2010، ص 520.

في الوقت الحالي أصبحت بطاقة الائتمان وسيلة الوفاء المستعملة للالتزامات النقدية في عمليات البيع والشراء، فهي تحل محل النقود ويتم الاعتماد عليها في سداد ودفع الثمن، لهذا تسمى بالوظيفة الائتمانية التي تشمل فتح الاعتماد، والسحب على المكشوف بفائدة ربوية¹.

الدفع بواسطة بطاقة الائتمان هو افتراض وجود عقد مسبق بين حامل ومرسل البطاقة، وذلك من خلال اتفاق بين المرسل وصاحب الدائن الذي يسمى بالمورد².

والدفع عن طريق بطاقة الاعتماد أيضا يشمل تدخل ثلاثة أطراف، دافع الثمن، المستفيد والجهة المسحوب عليها، وأحيانا تكون هذه الأخيرة مؤسسة مصرفية، بحيث يجب على المستفيد أن يتحصل على التوقيع الإلكتروني حتى تتوفر له ضمانات الدفع المؤمن، ويتم التوقيع الإلكتروني من خلال إدخال بطاقة الاعتماد المصرفية، مصحوبا بالرقم السري لدى جهاز المستفيد، مرتبط بشبكة مغلقة تربط الرقم السري ببنك معلوماتية المؤسسة المالية المصدرة للبطاقة، ومن خلال ذلك يتم التأكد من هوية مصدر الأمر وصلاحيات بطاقة اعتماده³.

وعرف البعض بطاقة الائتمان بأنها: "بطاقات تصدر بواسطة مؤسسة مالية باسم أحد الأشخاص، وتقوم تلك البطاقة بوظيفتي الوفاء والائتمان، أي أن حاملها يملك إمكانية تتابع سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة".

وعرفها البعض الآخر على أنها: "بطاقة بلاستيكية أو ورقية مصنوعة من مادة يصعب العبث بها، تصدرها جهة ما (بنك أو شركة استثمار) يذكر فيها اسم العميل الصادرة لصالحه ورقم حسابه، حيث يملك الحامل تقديم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته، ويقوم التاجر بتحصيل تلك القيمة"⁴.

1_سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان (بيروت)، ط 01، 2012، ص 163.

2_Alexandre BRAUD, droit des instruments de paiement et de crédit, Gualino éditeur, paris, 2007, p 214.

3_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 122 و 123.

4_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 213.

وتتميز بطاقة الائتمان بعدة خصائص أهمها: توفير إمكانية الشراء الفوري والدفع الآجل، تحميل صورة العميل درءا للتزوير أو السرقة، إمكانية قيام حاملها لسداد المبالغ من هذه البطاقات بالعملة المحلية لبلاده، سواء أكان المبلغ المنصرف محليا أو خارج الدولة¹.

فمن خلال بطاقة الائتمان يقدم البنك لصاحبها تسهيلا ائتمانيا من خلال استعمالها للحصول على الشيء المبيع ثم يقدم البنك مباشرة الدفع، ويقوم حامل البطاقة بدفع ما دفعه البنك مع الفوائد خلال الآجال المتفق عليها، وتجب الإشارة أن البنك لا يقدم بطاقات الائتمان إلا بعد التأكد من أن العميل قد قدم ضمانات عينية أو شخصية كافية²، وفي حالة ما إذا خالف هذه الآجال، فإن الدفع يصبح تسديده مفروضا في الحال³.

وعليه فإن بطاقة الائتمان تمكن صاحبها من السحب الفوري لأرصدتهم، وكذلك الحصول على قرض أو تسديد ائتمان المشتريات ومقابل الخدمات، بمجرد إدخال البطاقة وتوقيع صاحبها على الفاتورة، بالإضافة إلى بروز كمية حسابه في البنك.

وهناك ثلاثة أنواع لبطاقة الائتمان، تتمثل الأولى في بطاقة الحسم الفوري، أما الثانية تتمثل في بطاقة الائتمان والحسم الآجل، وتقتصر هذه الأخيرة في بطاقة الائتمان المتجدد⁴.

أ . بطاقة الخصم أو بطاقة الدفع الفوري (CEBIT CARD):

نقصد بها البطاقة التي تعتمد على وجود أرصدة فعلية في صورة حسابات جارية، مثلا عندما يقوم حامل البطاقة بشراء أي سلعة أو خدمة، يقوم بعدها التاجر بإرسال مستندات الشراء إلى البنك، الذي يقوم بدوره بالخصم من حساب العميل مباشرة بالقيمة المستحقة عليه، وكذلك يمكن الخصم من قيمة المسحوبات النقدية من آلات سحب النقود، ويقوم البنك خلال كل شهر بإرسال فاتورة لحامل البطاقة، ليحدد له ما تبقى من خلال العمليات المصرفية التي تمت عليه⁵.

ب . بطاقة الائتمان والحسم الآجل (CHARGE CARD):

1_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 213.

2_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 204.

3_ Philippe MALINVAUD, Droit des obligations, septième édition Litec, Paris, 2001, P 368.

4_ سمير دنون، المرجع السابق، ص 168.

5_ محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص 116 و 117.

وتسمى هذه البطاقة ببطاقة الخصم الشهري أو الدفع الشهري، فمن خلال هذه البطاقة يقوم البنك بمنح حاملها قرضا في حدود معينة، وبحسب درجة البطاقة إذا كانت فضية أو ذهبية لفترة معينة، ويجب أن يكون الدفع كاملا خلال المدة المعينة التي تم الاتفاق عليها وقت الإصدار، وفي حالة ما إذا تأخر حاملها عن السداد تترتب عليه زيادة مالية ربوية، وهي الصورة الأصلية لبطاقة التأمين.

ومن خلال هذه البطاقة أيضا لا يسقط المبلغ المستحق، ولا يمكن الحصول على تسهيلات، وإنما الحصول على قرض مفتوح ضمن حد أقصى يدفع كل شهر¹.

ج . بطاقة الائتمان المتجدد (CREDIT CARD):

هي نوع من البطاقات التي تصدرها البنوك في حدود قيمة مالية معينة، وتمنح لحاملها فرصة الحصول على قرض لشراء السلع والخدمات مع الدفع الآجل لقيمتها، ولا يستلزم ذلك وجود قيمة معينة في حساب المشتري أثناء استخدامه لهذه البطاقة، ويتم ذلك من خلال اتفاق مسبق بين البنك والمشتري، ولكن يشترط حصول البنك على فائدة من خلال رصيد المدين المتبقي، ويقوم المشتري (العميل) بدفع هذه القيمة المالية المحددة عبر فترات زمنية لاحقة.

إن التحقق من البطاقة وحاملها يتم من خلال التأكد من التوقيع أو صورة حاملها، وكذلك استعمال رقم الهوية الشخصي الذي يعتبر رقم سري لا يعرفه إلا حامل البطاقة، وهناك ثلاثة أنواع لهذه البطاقات: بطاقة فضية أو عادية، وهي التي يكون القرض الممنوح لحاملها لا يتجاوز عشرة آلاف دينار مثلا، وبطاقة ذهبية أو ممتازة فهي لا تحدد فيها قيمة مالية معينة، مثل بطاقة "أمريكان اكسبريس" التي تمنح للأثرياء مقابل دفع رسوم باهضة، وأخيرا البطاقة البلاستيكية التي تشمل مواصفات ومزايا إضافية حسب كفاءة العميل المالية ومدى ثقة البنك به².

وتجب الإشارة إلى أنه بالرغم من اعتبار بطاقة الاعتماد من ضمن النقود البلاستيكية، فهي ليست من النقود التي تصدرها الدولة، والتي تتمتع بحماية قانونية في حالة تزييفها.

1_سمير دنون، المرجع نفسه ، ص 170.

2_محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص 118 و 119.

وحتى يتم قبول استعمال بطاقة الاعتماد لتسديد مقابل السلع والخدمات يشترط فتح حساب جاري في أحد المصارف، وأن يتوافر لدى حامل البطاقة مدخل الدفع الآمن¹.

إلا أنه في جميع الأحوال يقوم العملاء بذكر الرقم الظاهر لبطاقة الاعتماد المصرفية دون الرقم السري، وهذا ما يدفع بالبائع إلى تحمل الخطر في حالة الاستعمال غير المشروع لبطاقة الاعتماد، ولهذا كان من الضروري إيجاد حلول للمحافظة على نقل الرقم السري، بحيث وضعت المؤسسات البنكية (المصرفية) والفنية برامج تشفير الذي تسمح بنقل البطاقة بصورة غير مقروءة².

ويستخدم مفتاحان مختلفان في نظام التشفير، المفتاح الأول خصوصي يعرفه المستخدم فقط، أما المفتاح الثاني عمومي، بحيث يبلغ إلى المستخدمين الآخرين الذين يقدمون رسائل مشفرة منهم³.

ثانيا: النقود الإلكترونية:

وجدت عدة تسميات لمصطلح النقود الإلكترونية، فهناك من استعمل كلمة العملة الرقمية، ومنهم من استعمل كلمة النقود الرقمية، واستعمل البعض الآخر النقود الإلكترونية.

ونتيجة لهذا اختلفت تعاريف النقود الإلكترونية كما اختلفت المصطلحات، وهناك من عرفها بأنها: "أي شيء يتمتع بالقبول العام بالوفاء بالالتزامات، أي كان نوعه وأي كانت صفاته"⁴.

بالنسبة للمشرع الجزائري نجده بادر بمحاولة تعريف النقود الإلكترونية، بعدما سماها بالعملة الافتراضية، وذلك بموجب المادة 117 من قانون المالية لسنة 2018، بحيث نصت هذه المادة على أنه: "يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها.

1_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 184 و 185.

2_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط02، المرجع السابق، ص 95.

3_ كوثر مازوني، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، د.ط ، 2008، ص 284.

4_ نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 165.

العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الإنترنت عبر شبكة الإنترنت، وهي تتميز بغيابة الدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية. يعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم، طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها¹. وهناك أيضاً من يعرفها: " بأنها نوع جديد من العملة، وهي بديل تحل محل النقود العادية، قابلة للتخزين والتداول والتزييف، فالنقود الإلكترونية هي أرقام يتم نقلها من كمبيوتر المشتري إلى الكمبيوتر المملوك للبائع، وذلك عن طريق القرص الصلب الموجود على جهاز الكمبيوتر²."

وهناك من الفقهاء من قاموا بتحديد مفهوم النقود الإلكترونية مفهوماً واسعاً ومفهوماً ضيقاً، غير أن هذه المفاهيم اختلفت من مفهوم إلى آخر، ولكنها تبقى متفقة في مضمونها، بحيث يرى البعض أن النقود الإلكترونية هي: " تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية"، في حين يرى البعض الآخر بأنها: " طريقة الكترونية من طرق الدفع عبر شبكة الانترنت"، وعرفها البعض الآخر بأنها: " النقود التي تستخدم في تسوية قيمة المشتريات، التي تتم من خلال شبكة الانترنت"، غير أن البعض الآخر اكتفى على اعتبارها بأنها: " أي شكل من أشكال النقود، يتم تخزينه ونقله عبر نظم الحاسب الآلي، وشبكات المعلومات"³.

وكما نعلم أن النقود هي المحرك الأساسي في حياتنا الاقتصادية، ولا يمكن الاستغناء عنها في حياتنا اليومية⁴، ولهذا الغرض اعتبرها البعض على أنها: " عبارة عن قرص مرن يتم تشبيته في كمبيوتر خاص، ويمكن إدخاله في فتحة القرص المرن في الكمبيوتر الشخصي، ليتم

1_ قانون رقم 17_11 مؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1439 الموافق 27 ديسمبر سنة 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76 المؤرخ في 09 ربيع الثاني عام 1439 هـ الموافق 28 ديسمبر سنة 2017 م.

2_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 164.

3_ أحمد السيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص 36 و 37.

4_ أحمد عبد العليم العجمي، المرجع السابق، ص 22.

نقل القيمة المالية منه أو إليه عبر الانترنت " ¹، ويمكن تصنيف النقود الالكترونية إلى صنفين أساسيين:

أ. النقود الالكترونية المجسدة في مخزون الكتروني:

هناك مبالغ معينة يتم تخصيصها في حافظة نقود الكترونية، وتخزن على بطاقة ذات ذاكرة، وإذا انتهت المبالغ الموجودة بهذه البطاقة، تصبح هذه الأخيرة غير قابلة للاستخدام.

إن حافظة النقود الالكترونية الافتراضية تكون دائما افتراضية، لأن تلك المبالغ الموجودة على البطاقة لا يكون ثابتا عليها، وإنما على ذاكرة جهاز الكمبيوتر المملوك سواء للبنك أو الجهة التي تقدم خدمة الدفع الالكتروني.

ب. النقود الائتمانية الإلكترونية:

نقصد بهذه النقود مجموعة من الأرقام المتسلسلة التي تعبر عن قيم معينة، تقوم بإصدارها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية، ويكون الحصول عليها من خلال صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على الهارد لايف ².

وهناك أيضا من يعتبرها بأنها حافظة نقود رقمية خاصة بالمشتري لدى مؤسسة مالية متخصصة، ويتم تأويلها بإيداع رصيد مالي مستخدما بطاقة اعتماد المصرفية، مثلا إذا قام المشتري بشراء شيء ما عبر شبكة الانترنت، فإن الثمن يخصم من حافظة نقوده، وترسل إلى حافظة نقود البائع الموجودة في نفس المؤسسة المالية للمشتري ³، هذا بالنسبة للتعريف الموسع.

أما بالنسبة للتعريف الضيق للنقود الالكترونية فذهب البعض إلى تعريفها بأنها: "أرقام عشوائية مفردة متصلة بعملة معينة، تصدر وتخزن في صورة كهرومغناطيسية في ذاكرة الحاسب الآلي".

1_ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص159.

2_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 209 و 210.

3_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط 02، المرجع السابق، ص 98.

ونلاحظ من خلال هذا التعريف أن الفقهاء ركزوا على النواحي الفنية للنقود الإلكترونية، بينما ذهب البعض الآخر إلى تعريفها بأنها: "قيمة نقدية مخزنة الكترونياً على جهاز تقني في حيازة المستهلك، تمثل التزاماً على المصدر وليست على الموفي القائم بالدفع".

وفي هذا التعريف ركز الفقهاء أيضاً على كون النقود الإلكترونية تمثل التزاماً على مصدرها، وليست على القائم بالدفع¹.

وعليه إن النقود الإلكترونية تختلف عن النقود التقليدية من حيث آلية استعمالها، وجاءت لتحل محل النقود التقليدية، ونجد أنها تتسم بالاستقلالية كونها تستعمل عبر شبكة الاتصال (الانترنت)، وأجهزة الكمبيوتر المحملة بالمبالغ المالية المعينة من جهة أخرى، وكذلك تمتاز بدرجة عالية من الأمان، وذلك من خلال استعمال وسائل حماية عامة وخاصة لتأمين المعاملات والتحقق منها².

وكذلك تعتبر النقود الإلكترونية عملات يقوم بإصدارها البنك، وكل عملة لها رقم خاص أو علامة خاصة من البنك المصدر³.

وعليه إذا أراد المشتري أن يشتري من خلال الانترنت فإنه يقوم باختيار السلع المطلوبة والتأكد من سعرها، وبعدما يقوم بإصدار أمر عن طريق جهاز الكمبيوتر لدفع قيمة المبلغ المحدد لتلك السلعة، بواسطة العملات الإلكترونية المحملة على الكمبيوتر الخاص به، وتجب الإشارة أن البائع لا يمكنه معرفة من قام بالدفع كون النظام يعتمد على شفرة معينة⁴.

وتجب الملاحظة أيضاً أن تقنية النقود الإلكترونية ليست خالية من المخاطر، لأنها من الممكن أن تحدث حادث فني تقني يقوم بمسح ذاكرة النقود، ويترتب عن هذا المسح فقدان جميع

1_ أحمد السيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص 40.

2_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 165.

3_ مناني فراح، المرجع السابق، ص 215.

4_ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 167.

النقود المحملة في حافظة النقود الالكترونية دون رجعة، ومن ناحية أخرى يتعرض المشتري لخطر فقدان الوحدات النقدية الالكترونية التي لم يستعملها بعد¹.

ولكن الإشكالية المطروحة في هذا الصدد هي ما مدى اعتبار النقود الالكترونية شكل جديد من أشكال النقود؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية يرى بعض الفقهاء أن النقود الالكترونية تعتبر نقودا فعلية بطبيعة خاصة، ولا يمكن اعتبارها من أشكال النقود التقليدية، فالنقود الالكترونية لا تركز ولا تقوم أساسا على المعدن أو الورق، وإنما تقوم على أساس تكنولوجيا ورياضيات وعلوم، وعليه فإن النقود الالكترونية تتمتع باستقلالية تامة تجعلها متميزة عن باقي أشكال النقود الأخرى.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أنها لا تمثل شكلا جديدا من أشكال النقود، إلا في حالة توافر ضوابط معينة خاصة كوسيط للتبادل، بحيث يتم تداولها بحرية كاملة ولا تتطلب أي تسوية.

ويرى جانب آخر من الفقهاء أنه لا اعتبار شيء ما نقودا، لا بد من توافر عدة خصائص تقتصر على القبول العام وسهولة الحمل والقابلية للانقسام والتجزئة، وفي الأخير جمع بعض الفقهاء ما سبق ذكره في معايير ثلاثة تتمثل في أن تكون وحدة للحساب، أن تستخدم كوسيلة للدفع، أن تجسد في سند نقدي.

وبالتالي لا اعتبار النقود الالكترونية شكلا جديدا من أشكال النقود، لا بد من توافر فيه عدة معايير محددة التي سبقت الإشارة إليها².

1_ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 210.

2_ أحمد السيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص 111 و 112.

ثالثا: الشيك الإلكتروني.

هو المكافئ الإلكتروني للشيك الورقي التقليدي الذي اعتدنا التعامل به، فهو رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة، يرسلها مصدر الشيك إلى مستلمه (حامله) ليعتمده ويقدمه للمصرف الذي يتعامل معه¹.

" يعتبر الشيك أداة دفع غير مشروطة، يأمر بموجبها منشئ الشيك وموقعه المصرف أو البنك المصدر لنموذج الشيك، بأداء قدر معين من النقود في مكان معين، وذلك بتاريخ إنشاء الشيك"².

إن تحديد طبيعة الشيك الإلكتروني كانت محل مناقشات فقهية كثيرة، بحيث يرى البعض أن الشيك وكالة بالدفع لمصلحة الساحب أو لغيره، المقيدة لمصلحته لدى المسحوب عليه غير قابلة للرجوع عنها، غير أن هذا الرأي انتقد لأنه تجاهل حقوق حامل الشيك الخاصة غير المستمدة من الساحب.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الشيك لا يعدو عن كونه حوالة حق، لكن هذا الرأي أيضا يتجاهل حقوق حامل الشيك الخاصة غير المستمدة من الساحب، فإن هذه المناقشات الفقهية لم تعد ذات أهمية كبيرة، وإن كان لها دور كبير في تنظيم النصوص القانونية.

وعليه فإن الشيك الإلكتروني يعتبر البديل الرقمي للشيك الورقي التقليدي، ويعتبر كذلك أحد مفردات نظام الوفاء الإلكتروني³.

وبمقارنة الشيك التقليدي مع الشيك الإلكتروني، نجد أن هذا الأخير يطرح صعوبة قانونية فيما يخص الدعامة الإلكترونية التي يفرغ فيها، غير أن هذه العقبات سوف تكون عابرة

1_ ميهوب سماح، أثر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على الأداء التجاري والمالي للمصارف الفرنسية (حالة نشاط البنك عن بعد)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، جامعة قسنطينة 2 _ كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير، 2013_2014 ص 94.

2_ بوخيرة حسين، استخدام البنوك الجزائرية لوسائل الدفع في التجارة الخارجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2010/02، الجزائر، ص 161.

3_ ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 185.

عند الاعتراف بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، على الرغم من الشيك الإلكتروني يعتبر أفضل من الشيك الورقي لأنه يصعب تزويره¹، وعليه إن الشيك الإلكتروني يتسم بعدة مميزات أهمها:

- تخفيف الأعباء المالية الملقاة على عاتق التاجر، بحيث أنه لا يلزم التاجر بالبقاء على اتصال دائم بمصرفه، ويكتفي اتصال واحدا يوميا يبلغ المصرف من خلاله المعلومات المتعلقة بكافة الشيكات التي تلقاها.

- يعتبر الشيك الإلكتروني امتدادا ماديا لأساليب الوفاء المعتادة لدى الزبون في عملياته التقليدية، مما يؤدي إلى توليد ضمانة نفسية للزبون المتعامل حديثا داخل المصارف عبر الانترنت².

- " تحدد الشيكات من تكلفة إدارة الآليات الخاصة بالدفع، وتحل المشاكل المتعلقة بالشيكات العادية كالتزوير أو الضياع أو التأخير.

- دفتر الشيكات الإلكترونية دفتر آمن مقارنة بدفتر الشيكات العادي ولا يختلف كل منهما على الآخر، إذ أنهما يحققان الهدف والوظيفة نفسها.

- تصرف الشيكات الإلكترونية في دفع الصفقات الإلكترونية بجميع أنواعها، سواء أكانت إدارية أو تجارية وبطريقة آمنة عبر البريد الإلكتروني."

هناك الكثير من الدول التي تبنت نوع جديد من الشيكات يسمى بالشيكات الإلكترونية، وذلك بهدف استعماله كوسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني، أثناء القيام بالعمليات التجارية بين طرفين متعاقدين عبر شبكة الانترنت.

فالشيك الإلكتروني هو عبارة عن وثيقة الكترونية تحتوي على مجموعة من البيانات والمعلومات المتمثلة في رقم الشيك، اسم الدافع، رقم حساب الدافع، اسم البنك، اسم المستفيد، القيمة التي ستدفع، وحدة العملة المستعملة، تاريخ الصلاحية، وأخيرا التوقيع الإلكتروني للدافع³.

1_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط02، المرجع السابق، ص 100.

2_ ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 189.

3_ محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص 147 و 148.

إن التشريع الأردني اعتبر الشيك الإلكتروني من أهم الأوراق التجارية، وعرفه البعض على أنه: " محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون مصرفا وهو المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك (المستفيد) مبلغا معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك " .

وبهذا نجد أن الشيك الإلكتروني يشترط لصحته أن تتوفر فيه مجموعة من البيانات اللازمة، ومن بينها التوقيع من طرف الساحب سواء عن طريق الختم أو بصمة الأصبع، ولا بد كذلك من ضرورة وجود شاهدين في حالة التوقيع بالطرق سالفة الذكر¹ .

وبالتالي فإن الشيكات الإلكترونية تستخدم في عمليات الدفع الإلكتروني بين الطرفين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت ووسيط بينهما، بحيث يتم التعامل بها وتبادلها عبر تقنيات ووسائل الاتصال الحديثة² .

وبما أن الشيك الإلكتروني اعتبر كوسيلة للوفاء بالثمن، فهناك اقتراحين في هذا الشأن:

الاقتراح الأول يستعمل النموذجي التقليدي للشيك، أي أن العميل يحوز دفتر الشيكات الكترونياً، حتى يقوم بإصدارها للمستفيد، وذلك من خلال ذكر المعلومات المتعلقة بالمستفيد في هذا الشيك، وأخيراً يقوم بالتوقيع عليه.

أما الاقتراح الثاني يشمل الوسيط الإلكتروني الذي يقوم بدوره بتسجيل جميع البيانات المتعلقة بالطرفين المتعاقدين، فعندما يقوم المشتري بإصدار الشيك لابد أن يرسله أولاً إلى الوسيط الإلكتروني، حتى يتمكن هذا الأخير من التأكد من هوية الساحب³ .

وبالتالي فإن الشيك الإلكتروني هو المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية، فهو "رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت، ليقوم البنك أولاً بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته الكترونياً إلى مستلم الشيك (حامله)، ليكون دليلاً

1_ علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 46.

2_ أحمد عبد العليم العجمي، المرجع السابق، ص 74.

3_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط02، المرجع السابق، ص 100.

على أنه قد تم صرف الشيك فعلا، ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد الكترونيا من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ لحسابه"¹.

وبما أن الشيكات الالكترونية تحرر عبر شبكة الإنترنت، فإن هذا التحرير هو الفارق الوحيد والأساسي بين الشيكات الالكترونية والشيكات التقليدية، بحيث يوجد عدة مؤسسات متخصصة في مجال الدفع الالكتروني، وأشهرها مؤسسة **PAYTRUST** التي تسمح للعميل بالتحكم في دفتره الخاص به، والحصول على تقارير الكترونية فورية عن حركة حسابه عبر شبكة الانترنت².

أما بالنسبة لتوقيع الشيكات الإلكترونية، فإنها توقع بالتوقيع الالكتروني الموجود على البنية التحتية للمفاتيح العلنية، بالإضافة إلى الرقم السري والبطاقات الذكية التي تقوم بتخزين المفاتيح السرية والشهادة الالكترونية، حتى يتمكن العميل الذي يرغب في إنشاء الشيك الالكتروني استخدام توقيعه الالكتروني (الرقم السري).

حيث أن التوقيع الالكتروني أو ما يعرف بالرقم السري الموجود على الشيك الالكتروني يتم التحقق من صحته عن طريق ما يسمى بالمضاهاة آليا أو الكترونيا، فهي تخضع لنفس الطرق التي تخضع لها الشيكات التقليدية (الورقية)، فهي تخضع لمعالجة التطبيقية من قبل الموظف المختص الذي يقوم بإدخال الشيك في آلة، وهذه الأخيرة تقوم بفك الشفرات والرموز خلال فترة زمنية معينة أقل من الفترة الزمنية التي يتم فيها فحص التوقيع الالكتروني، ويتم كذلك التأكد من صحة التوقيع الالكتروني الموجود بالشيك الالكتروني عن طريق ما يسمى بسلطة الإشهار (التوثيق)³. ففي مدينة لبنان يوجد ورشة عمل ضخمة في مجال تنظيم وتطوير أعمال مصرفية الكترونية، وأنظمة الدفع التي يحتل الشيك فيها مرتبة عالية، وذلك من خلال البنى التحتية التقنية والقانونية التي تضيف على جميع أنظمة الدفع في لبنان والأمان والفعالية⁴.

1_ منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، الطبعة القانونية للعقد الالكتروني، مرجع سابق، ص 159.

2_ محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص 147.

3_ علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 47 و 48.

4_ عزة حمد الحاج سليمان، النظام القانوني للمصارف الالكترونية (الشيك-الصورة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ط01، 2005، ص 07.

الباب الثاني: المسؤولية المدنية الالكترونية.

في العصر الحديث عرفت البشرية تقدما علميا وتكنولوجيا في جميع مجالات الحياة، وخاصة في مجالات الأفراد فيما بينهم وبين الدول، وهذا التقدم أثر على المراكز القانونية وحقوق الأفراد وحررياتهم، مما أدى إلى تأسيس مسؤولية بأبعادها المدنية، وذلك نتيجة للصراعات والثورات في مجال الاتصالات والفضائيات عبر شبكات الانترنت.

وأصبحت التشريعات المقارنة عاجزة عن إيجاد الحلول المناسبة للمعاملات ذات الطابع العالمي، والمخاطر الالكترونية المرتبطة بها، وعلى هذا الأساس قامت معظم الدول بإبرام اتفاقيات دولية مختلفة من أجل سن قواعد قانونية ذات طابع دولي¹.

بحيث نجد منظمة **L'ODC** وجهت المستهلك وساعدته على اتخاذ سلوك معقول، بالإشارة إلى جميع الاجراءات التي يتم اتخاذها عند شرائهم عن طريق الانترنت /الاشياء المستهلكة، وذلك لتفادي الإساءة في المعاملة²، لأن الاعتداءات الالكترونية على جميع المواقع الشخصية تشكل خطر كبير على جميع معاملات الأفراد، وخاصة على مجتمعنا الإسلامي.

إن المواقع الالكترونية تشمل أسرار شخصية ومعلومات من مؤسسات مختلفة، سواء كانت تجارية أو إدارية أو غيرها في جميع الدول، والاعتداء عليها من خلال فضح تلك الأسرار يعتبر تعدي للحق في السرية والتملك معا، مما أدى إلى بيان أحكام المسؤولية في مجال العلوم القانونية الحديثة³، وهذا كله لتفادي مشكلات كثيرة استجدت بعد ظهور شبكة الانترنت واستخدامها في المجالات المختلفة، وخاصة في مجال التجارة الالكترونية⁴.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 103.

2_ Fatma EZZAHRA BAKINI et Hadjer HADJ SALEM et Kais FENNI, le consommateur et les produits socialement responsables: un exposé de la relation entre attitude et comportement dans le contexte tunisien, Revue Française du marketing, n 05 décembre 2013, France, p 130.

3_ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 123.

4_ جمال زكي اسماعيل الجريدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن بيع السلع المقلدة عبر الانترنت (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني)، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية (مصر)، ط01، 2011، ص 07.

فالتعامل الإلكتروني في الوقت الحالي أصبح من أهم التعاملات، و عقود التجارة الالكترونية أصبحت أيضا تبرم بين مختلف دول العالم بكل سهولة، رغم التباعد المكاني بين الأطراف المتعاقدة، لهذا كان لزاما على الدول وضع إجراءات قانونية وتقنية من أجل تحديد مسؤولية كل طرف من أطراف المعاملة¹.

إن المسؤولية المدنية عموما هي مجموعة من القواعد التي تطبق مثلا على المنتج البائع أو المستورد، عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو بالأشياء الأخرى، وبالتالي فإن المسؤولية المدنية في هذه الحالة تنشأ عندما يتعلق الأمر بالبيع والشراء، وعندما يعرض الشيء المبيع صفات خطيرة، فالمنتج يكون مسؤولا عن أي فعل ضار ناتج عنه، ولا يمكنه نفي هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه لم يكن على علم بوجود ذلك الخطر²، ونفس السياق انتهجه القانون الروماني³.

فالمسؤولية المدنية من حيث مصدرها تنقسم إلى مسؤولية عقدية، والتي يقصد بها "المسؤولية التي تنشأ عن إخلال بالتزام تعاقدي، وتتمثل أركانها في الإخلال بالتزام تعاقدي والضرر وعلاقة السببية بين الإخلال بالتزام تعاقدي والضرر، ومثال ذلك مسؤولية البائع عن عدم تسليم المبيع في الزمان والمكان المتفق عليه"، أما المسؤولية التقصيرية تكون بصدها "في حال ما إذا كان الالتزام الذي أخل به مصدره العمل غير مشروع، أي مخالفة التزام أقره القانون كالإضرار بالغير، وتتمثل أركانها في الفعل الضار (الخطأ) والضرر وعلاقة السببية".

وفي بعض الأحيان تقوم المسؤولية التقصيرية نتيجة لحدوث الضرر بفعل آخرين تابعين، أو بفعل يحدثه الشيء الذي هوتحت حراسة الحارس، ففي كلتا الحالتين يسأل الشخص عن

1_ نفن سطات، المسؤولية المدنية لمزودي خدمات التصديق الالكتروني، مجلة المحامون، سنة 2012/ العدد 06، ص 103.

2_ Jean-Régis MIRBEAU GAUVIN, le droit danois face a la loi du 07 juin 1989 sur la responsabilité du fait des produits, Revue internationale de droit comparé, n 04 octobre - décembre 1991, France (paris), p 839 et 840.

3_ Ingeborg SCHWENZER, l'adaptation de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux an Allemagne fédérale (*), Revue internationale de droit comparé, n 01 janvier-mars 1991, france (paris), p 59.

الأضرار التي تسبب فيها الغير والشيء، إلا إذا أثبت ذلك الشخص أن الضرر وقع نتيجة لتدخل السبب الأجنبي¹.

فعلى سبيل المثال إذا أخل أحد الأطراف المتعاقدة بطاقة الوفاء مهما كان مصدرا أو حاملا أو تاجرا بالتزامه التعاقدى، يجوز للطرف الآخر فسخ العقد والمطالبة بالتعويض عما ترتب عنه من أضرار وخيمة وجسيمة نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام، وبالتالي ينتج عنه قيام المسؤولية المدنية العقدية بتوافر أركانها، أما في حالة ما إذا كانت البطاقة في حيازة الغير بسبب سرقتها أو فقدانها وقام هذا الأخير باستعمالها، فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية بتوافر أركانها.

وليست المسؤولية العقدية حيث أن الغير ليس طرفا في أي علاقة عقدية مع أطراف العقد قبل تحقق المسؤولية، ويقصد بمحل المسؤولية العقدية كانت أم تقصيرية هو إصلاح الضرر الناجم من جرم الخطأ أو الفعل، وذلك بالحكم بالتعويض للطرف الذي أصابه الضرر².

لذا سوف نحاول جهدنا في إلقاء الضوء على قواعد المسؤولية المدنية الالكترونية، أو ما يعرف بالآثار المترتبة عن قيام المسؤولية المدنية، بحيث سنحدد في الفصل الأول المسؤولية التعاقدية الالكترونية، أما في الفصل الثاني سنرتئي المسؤولية التقصيرية الالكترونية.

1_مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ج02، ط03، 2007، ص 18 و 19.

2_وسام فيصل محمود الشاوره، المسؤولية القانونية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الوفاء، دار وائل للنشر، الأردن (عمان)، ط01، 2013، ص 111 و 112.

الفصل الأول: المسؤولية التعاقدية الإلكترونية.

إن البنوك شهدت نموا كبيرا أضحى للممارسة البنكية وجود يفرض نفسه على أكثر من واجهة، ونجد أيضا أهمية النشاط المصرفي أدت إلى بروز مسؤوليات متعددة ومتنوعة المظاهر والطبائع تتحملها هذه البنوك، كل هذا نتيجة طبيعة الالتزام البنكي، وطبيعة العقد الذي يربط هذه البنوك بالزبناء.

فالمسؤولية البنكية أصبحت في الوقت الحالي محورا أساسيا في الثقافة القانونية، بسبب خطورة هذه المهنة، و بالتالي نجد مسؤولية المسحوب عليه متعددة ومتنوعة، وأيضا البنك يسأل بصدد الحسابات البنكية أو الخدمات التجارية¹.

وأيضا المسؤولية المدنية التعاقدية في مجال التوقيع الإلكتروني مثلا، يعتبر صاحب وحامل مفتاح التوقيع الإلكتروني مسئولا اتجاه الغير عن الأضرار التي تعرضوا لها، غير أنه يمكن أن يكون حامل مفتاح التوقيع الإلكتروني معفى من المسؤولية، إذا استطاع أن يثبت بمصادقية أنه اتخذ تدابير أمنية معقولة ومفروضة في ظل هذه الظروف².

والوسيط الإلكتروني أيضا يمكن أن يتخذ الرعاية الكاملة لإعفاء المسؤولية عنه، وذلك نتيجة للمحتوى غير المشروع، أو ما يعرف بالمحتوى الضار في الحدود المشروعة، لاسيما فيما يتعلق بتشريعات حماية المستهلك³.

وبالرجوع إلى نص المادة 15 من LCEN المؤرخ في 24 جوان 2004 المتعلق بالعقود عن بعد، نجدها نصت على مسؤولية المهني الذي يعتبر بدوره المسؤول شخصيا عن أي خطأ

1_ محمد الحارثي، مسؤولية البنك بصدد الوفاء بالشيك حاضرا ومستقبلا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 1993/02، الجزائر (بن عكنون)، ص 372.

2_ Loi fédérale complétant le code civil Suisse, du 30 mars 1911 (état le 01er janvier 2014), p 16 et 17.

3_ Yves POULLET et Jean FRANCOIS LEROUGE, la responsabilité des acteurs de l internet, article, Bruxelles, 31 octobre 2001, p 08.

نتج عنه، وفي المقابل قد يرجع هذا الخطأ إلى سبب خارجي يسمح بإعفاء مسؤولية المهني كما ورد في آخر الفقرة، وهذا كله بهدف حماية المستهلك في حالة الاخلال بالعقد¹.

وبهذا لكي تقوم المسؤولية المدنية التعاقدية الالكترونية، لابد أن يكون هناك خطأ وقع على المضرور وتسبب له بضرر، ويجب أيضا أن تتوافر علاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر.

وفي بعض الأحيان يكون التنفيذ العيني غير ممكنا، مما يدفع القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالتعويض نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، وبالتالي تقوم المسؤولية التعاقدية، والمدين مسؤول شخصيا عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، ويجب عليه التعويض إذا توافرت أركان المسؤولية المذكورة أعلاه، والمتمثلة في الخطأ التعاقدية والضرر وعلاقة السببية بينهما²، فالمسؤولية المدنية التعاقدية هي مسؤولية موضوعية بحتة³.

وعليه سنتطرق دراستنا في هذا الفصل حول المسؤولية التعاقدية الالكترونية، وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول سنحدد فيه بالتفصيل أركان المسؤولية التعاقدية الالكترونية، أما المبحث الثاني سنعالج فيه التعويض عن الضرر الالكتروني.

المبحث الأول: أركان المسؤولية التعاقدية الإلكترونية.

إن الطريقة الكلاسيكية للمسؤولية المدنية تركز أساسا على الخطأ، أو ما يعرف بسوء التصرف من مصدر الضرر، والحرص على الوقاية منه⁴.

بالرجوع إلى عناصر المسؤولية التعاقدية الكلاسيكية نجدها طبقت على العقد الالكتروني، وبالتالي يشترط لقيام المسؤولية المدنية التعاقدية ثلاثة شروط، يتمثل الشرط الأول

1_ Virginie GESLAK, la protection du consommateur et le contrat en ligne, université de Montpellier 1 (centre de droit de la consommation et du marche)UMR5815 CNRS dynamiques du droit, master 02, 2010 - 2011, p 110 et 111.

2_ أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني (الأركان، الجمع بينهما والتعويض) دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر (الاسكندرية)، ط01، 2004، ص 12.

3_ Chafik CHEHATA, la notion de responsabilité contractuelle le concept de propriété, Etude de droit musulman (travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de paris - série Afrique - 1), liere édition, France, p 60.

4_ Christian LAPOYADE DESCHAMPS, Laurent BLOCH, droit des obligation, 2eme édition, France (Paris), 2008, p 150.

في الخطأ، والشرط الثاني ينحصر في الضرر، أما الشرط الثالث فيقتصر على علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر.

وبهذا فإن المسؤولية المدنية التعاقدية عبر الانترنت تشترط أيضا توافر ثلاثة أركان أساسية ومجموعة، بحيث يجب تحديد وتعيين هذه الأركان وفق ما تتسم به من خصوصية في مجال الاتصالات الحديثة، وتتمثل هذه الأركان في الخطأ والضرر وعلاقة السببية¹.

بحيث سندرس الخطأ التعاقدية الالكتروني في المطلب الأول، والضرر التعاقدية الالكتروني وعلاقة السببية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الخطأ التعاقدية الالكتروني.

إن الخطأ التعاقدية عبر الانترنت يقتصر على عدم تنفيذ المتعاقد بأحد التزاماته أو تأخره فيها²، ومن ثم فإن المسؤولية المدنية التعاقدية تقوم من جراء الصورتان السابقتان، أي (عدم التنفيذ أو التأخير فيه)³، وهذا ما يدفعنا عن البحث بالتفصيل عن تعريف الخطأ التعاقدية الالكتروني في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنعالج فيه صورته.

الفرع الأول: تعريف الخطأ التعاقدية الالكتروني.

إن الخطأ العقدي يتمثل في عدم تنفيذ شروط العقد التي تم تحديدها في هذا الأخير، أو عندما يكون التنفيذ جزئيا أو سيئا.

ومختلف التشريعات المقارنة لم تحدد المقصود بالخطأ التعاقدية وعلى رأسها التشريع المصري، غير أنهم حددوا أنواع متعددة ومتنوعة للخطأ تتمثل في :

1_ سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، مصر (الاسكندرية)، د.ط، 2014، ص 15.
2_ محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 سنة 2004)، دار الجامعة الجديدة، مصر (الاسكندرية)، ط01، 2007، ص 159.
3_ كوثر زهدور، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران كلية الحقوق، 2012 . 2013، ص 127.

الخطأ هو الذي يتعمده أحد المتعاقدين عند الإخلال بواجب قانوني يسبب ضرراً للغير، وهناك أيضاً خطأ غير عمدي الذي لا يتعمده أحد المتعاقدين عند الإخلال بواجبه القانوني، أي لم يقصد إحداث ضرر للغير، وهناك خطأ تافه الذي يرتكبه الشخص المهمل وغير المنتبه، أما بالنسبة للخطأ اليسير هو الذي يرتكبه شخص غير معتاد في حرصه، وهناك أيضاً خطأ جسيم وخطأ سلبي، وغيرها من الأنواع الأخرى¹.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم يحدد المقصود بالخطأ، ويبقى التساؤل مطروح: هل الخطأ مفهوم نسبي أم مفهوم مطلق؟²، والتشريع السويسري نجده أيضاً لم يحدد المقصود بالخطأ، واستبعد قيام المسؤولية المدنية التعاقدية دون وجود الخطأ³.

ونصت المادة 254 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "إن مجرد عدم تنفيذ الموجب يترتب المسؤولية على المدين به، ما لم يستطع التذرع باستحالة التنفيذ التي نصت عليها المادة 341 من نفس القانون، فعدم التنفيذ يشكل خطأ عقدي، ولكن هذا الخطأ يتوفر أيضاً في حالة التنفيذ الجزئي، إذ يترتب على المدين بموجب أن ينفذه عينا وبصورة تامة وكاملة، كما يتوفر هذا الخطأ في حالة التنفيذ السيئ، أي الحاصل بصورة مخالفة للمواصفات التي وردت في العقد وقد التزم بها المدين.

ففي حالة عدم التنفيذ الكلي يكفي للدائن الإدلاء به، كي يترتب المسؤولية العقدية على عاتق المدين، ولا حاجة لإثبات خطأ إلى جانب هذا الأخير أدى إلى عدم التنفيذ، فالخطأ ناتج عن عدم التنفيذ مهما كان سببه، ما عدا الحالات التي نص عليها القانون، وأبرئت فيها ذمة المدين لاستحالة التنفيذ"⁴.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي نجده أيضاً لم يحدد المقصود بالخطأ، بحيث نصت المادة 2043 من القانون المدني الفرنسي، بحيث نصت على أنه: "كل فعل أيا كان، ارتكب

1_ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 21.

2_ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, les conditions de la responsabilité, 2eme édition delta, Paris, 1998, p 320.

3_ Wenger&Vieli RECHTSANWALTE, article sur " la directive sur les services de paiement - PSD- et la suisse, Swissbanking opérations forum, Zwich, la suisse, 27 avril 2010, p 17.

4_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 32 و 33.

عن طريق الاحتيال أو عن طريق الخطأ الذي يسبب للغير ضرراً، ويجبر الشخص الذي ارتكب الفعل بإصلاح ذلك الضرر¹.

إن الخطأ الإلكتروني وضحنا سابقاً يقتصر على "عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه أو تأخره في التنفيذ، ومثال ذلك إخلال البائع بالتزامه بتسليم الصفقة محل التعاقد في الوقت المحدد، وهذا ما جاءت به المادة 1/114 من قانون الاستهلاك الفرنسي، بحيث نصت على أنه: "على اعتبار المهني (البائع) مسؤولاً تعاقدياً عن الخطأ، في عدم تنفيذ التزامه بتسليم الشيء المبيع في المدة المحددة قانوناً، الأمر الذي يعطي المستهلك الحق في المطالبة بالتعويض أو إبطال العقد، ويتمثل محل الالتزام العقدي في تحقيق نتيجة أو بذل عناية، فمثلاً عدم تنفيذ الالتزام الذي يترتب عنه صدور خطأ عقدي، يكون إما في صورة عدم تحقيق نتيجة أو في صورة القصور عن بذل العناية².

ومن أهم الأخطاء التي تقع عبر شبكة الانترنت، الخطأ في مجال عملية الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، عندما يتم عرض قاعدة البيانات على أنها شاملة، فيجب أن تكون شاملة فعلاً، لأنه في حالة أي نقص يعتبر خطأ مرتباً للمسؤولية، ومثال ذلك: "عندما يتم الإعلان عن تخزين كل أحكام محكمة النقض في ذاكرة الأسطوانة، فيجب أن تكون كل الأحكام قد تم تخزينها بالفعل، ونستطيع الوصول إليها".

وأيضاً يمكن أن يصدر خطأ من منتج بنك المعلومات، في حالة قيامه بإدخال معلومات ناقصة وخاطئة، ولم يقدم المعلومات المتفق عليها في عقد الاشتراك، وكذلك أن يقع خطأ إلكتروني من طرف المستخدم في حالة مخالفته لتعليمات التشغيل، والشروط الأخرى التي وضعها المتعاقد معه، أو في حالة عدم قيامه بأداء المقابل المالي المتفق عليه مسبقاً، وقد يصدر الخطأ من قبل مقدم خدمة الاتصال مع المستخدم، وذلك عند تقصيره في منح الطرف الآخر بالموقع المتعاقد عليه، أو بالوسائل الفنية التي تمكنه من الارتباط بهذا الموقع.

1_ Guide ALPA, la responsabilité civile en Italie: problèmes et perspectives, Revue international de droit comp

2_ aret, n 04 octobre-décembre 1986, France (paris), p 1098.

ويقع الخطأ أيضا من منتج القاعدة نفسه، في حالة عدم تسهيل أمر دخول المشترك إلى قاعدة المعلومات، كما هو الحال في عدم توفير الوسائل الفنية التي تمكن المشترك من الدخول إلى القاعدة، والبحث فيها للحصول على ما يرغب من معلومات يريد لها، وذلك كما لو يوفر أو يتيح البرنامج الذي يساعد على القيام بهذه الأعمال، عندما يكون برنامج البحث داخل القاعدة يستغرق وقتا طويلا، مما يلحق به ضررا ماديا ناتجا عن طول فترة الدخول إلى القاعدة، وذلك لأن المستخدم يريد الحصول على المعلومة في وقت قصير جدا ."

وقد يكون الخطأ ناتج عن الأضرار الفنية اللاحقة بجهاز الكمبيوتر للمشارك، وكان ذلك قد حدث بسبب فيروس انتقل من القاعدة إلى جهاز المشارك أثناء الدخول إلى القاعدة، مما نتج عنه فقدان كافة المعلومات والبيانات الهامة المخزنة على جهاز الكمبيوتر للمشارك من الدخول إلى القاعدة بلا مضار، ومثال ذلك عندما يقوم بتركيب برنامج ضد الفيروسات لحماية المشاركين من عدوى الفيروسات التي تنتقل إلى أعمالهم.

" ونحن نخلص الرأي: أنه في حالة توافر أي من هذه الأخطاء الواردة على سبيل المثال وليس الحصر، تتعدى مسؤولية مقدم الخدمة الالكترونية لإخلاله بأحكام المسؤولية العقدية، وكذا مسؤوليته عن بث معلومات خاطئة وغير صحيحة وناقصة، وعن امتناعه عن تقديم النصيحة والإرشاد، مما سببت له أضرارا جمة¹.

والخطأ في المسؤولية العقدية يتبع في تكييفه وتعيين مداه ظروف التعاقد وكل ما اتفق عليه أطراف العقد، وحتى تقوم المسؤولية العقدية يجب أن يكون هذا الخطأ بلغ حدا معيناً من الجسامه، ويمكن للقانون أن يحدد المعيار العادي للرجوع إليه، وتنفيذه في حالة العقود التي لم تحدد معياراً للخطأ الذي أدى إلى قيام هذه المسؤولية.

فالمشرع المصري والمشرع الفرنسي انتهجا نفس الطريق، بحيث نجدهم أكدوا على أن الخطأ يقاس بمعيار عناية الرجل المعتاد، وهو مقياس مادي القياس فيه بالشخص المعتاد.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 107 . 167.

كما تجدر الإشارة أنه يجب مراعاة الظروف الاجتماعية، والظروف المحيطة بالمدين، ومسلكه فيما صدر عنه بالقياس إلى ما قد يقع من خطأ تافه، والموازنة بين ما يمكن اعتباره عناية الرجل المعتاد، وما يكون في نطاق الظروف المماثلة من عناية الرجل المهمل والرجل الحريص¹، بسلوك الشخص المعتاد الذي وضع في نفس الظروف، ويقوم بممارسة نفس الأعمال، ويقع عبء إثبات هذا الخطأ على عاتق الدائن بالالتزام، وذلك بإثبات وجود تقصير من طرف المدين، من خلاله بذل العناية التي تم الاتفاق عليها مسبقاً، أو وقوع إهمال من قبله نتيجة بذله العناية، وبالتالي المسؤولية العقدية في هذه الحالة تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات.

أما فيما يخص الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن الشخص يلتزم بالوصول إلى نتيجة معينة، وبهذا يتم تحديد الخطأ نتيجة لعدم تحقق النتيجة المرجوة من الالتزام، بغض النظر عن مقدار الجهد الذي بذله الشخص ودون الحاجة إلى النظر في سلوكه، وعدم تحقيق النتيجة المرجوة في العقد تقوم مسؤولية المدين اتجاه الدائن، ويقوم هذا الأخير بإثبات وجود الالتزام من خلال إثبات العقد، لينتقل عبء إثبات تحقق النتيجة المرجوة منه إلى المدين.

وعندما يوصف عدم تنفيذ الالتزام بنتيجة على أنه خطأ فهذا غير صحيح، لأن عنصر الخطأ يستدعي البحث في سلوك المخطئ وفقاً لمعيار الرجل المعتاد، ويكون قد أخطأ إذا انحرف عن السلوك المعتاد، وعدم التنفيذ في الحقيقة هو كل ما تقوم به مسؤولية المدين، حتى ولو في حالة عدم إثبات الخطأ، لأن المدين لا يمكنه إثارة مسألة السلوك، كما في حالة إثباته للتصرف وفق السلوك المعتاد لأجل نفي المسؤولية، ويعود السبب في ذلك أن عدم تحقق النتيجة لا تتعلق بالسلوك².

وهذا ما يتضمنه القرار الصادر في 2008/01/23، والذي يتضمن: "يعني الالتزام ببذل عناية، الواقع على عاتق الطبيب، بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة.

1_ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 12.

2_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 139 و 140.

حيث أثبت أن المطعون ضده اتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح على نزع له حصة من إحدى كليتيه، لكن الجراح نزع له الحصة والكلية، الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب.

حيث من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال، ماعدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب بتحقيق نتيجة.

حيث يعني الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية.

حيث أن الاخلال بهذا الالتزام خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب، حيث بهذا الصدد أن قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ (ق) الذي توصل إلى نزع الكلية مبالغ فيه، ولم يكن هناك داع لذلك، والطبيب الجراح خالف الأصول وقواعد وأخلاقيات المهنة، وأن المسؤولية قائمة في حقه.

حيث أن قضاة الموضوع ناقشوا هذه الأخيرة طبقا لسلطاتهم التقديرية التي لا رقابة للمحكمة العليا عليهم، وتوصلوا إلى أن الطاعن أخطأ، وهذا الخطأ سبب ضررا للمطعون ضده، وأن هناك علاقة سببية بينهما¹.

الفرع الثاني: صور الخطأ التعاقدي الإلكتروني.

هناك صور متعددة ومتنوعة للخطأ الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد، تتمثل أساسا في الخطأ في مجال الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، وقد يكون هذا الخطأ نتيجة معلومات غير صحيحة أو خطيرة أو ناقصة.

تكون بصدد الخطأ نتيجة معلومة غير صحيحة، إذا لم يتم العمل بعرض قاعدة البيانات بشكل صحيح، أما خطورة المعلومة تتمثل في ما إذا كان المخاطب بالمعلومة الخطرة مهنيا، أو كان ضروريا لمباشرة مهنته، ومثال ذلك الشرطة أو جماعات حقوق الإنسان أو حماية المستهلك وغيرها، وعليه إن هذه الأمثلة لا يعد الإبلاغ عنه خطأ، ولكن إذا تم نشر المعلومة

1_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 02، سنة 2008.

الخطرة بين الجمهور العادي يعتبر هذا خطأ الكتروني، ومثال ذلك نشر كتاب يبين طرق الانتحار، واستعان به أحد الأشخاص في انتحاره، لهذا السبب تم تجريم ارتكاب هذا الفعل، وتعويض أفراد أسرة المنتحر لتأثرهم بهذا الكتاب، أما نقص المعلومة تتمثل في عدم تقديم المنتج المعلومات المحددة في العقد والمتفق عليها سابقا.

لكن في بعض الأحيان يتحقق الخطأ الالكتروني في حالة مخالفة التشغيل أو مخالفة الشروط الأخرى المتفق عليها مسبقا، ويتوافر أيضا إذا لم يقم المستخدم بأداء المقابل النقدي المتفق عليه أيضا مسبقا، ويتوافر أيضا نتيجة وجود فيروس، وذلك من خلال الأضرار الفنية التي أصابت جهاز الكمبيوتر المملوك للمشارك من جراء انتقال هذا الفيروس إلى قاعدة جهاز المشترك أثناء دخول هذا الأخير للقاعدة، ويؤدي هذا الفيروس إلى فقدان كافة وجميع المعلومات والبيانات الخاصة بالمشارك، لذا وجب على هذا الأخير إيتاح جميع وسائل الأمان الفنية التي تمكن المشترك من الدخول إلى القاعدة دون أضرار¹.

وعليه فإن الخطأ العقدي يتمثل في عدم قيام الشخص بتنفيذ أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه بمقتضى العقد، ولخرق الالتزام العقدي صور متعددة، فقد يكون هذا الإخلال ناتج عن عدم قيام البنك مثلا بتنفيذ الالتزام الواقع عليه بصورة كلية، وقد يترتب أيضا على تنفيذ الالتزام بصورة معيبة أو التأخير في التنفيذ طبقا للوقت المحدد.

وعلاوة على ذلك، فإنه يقع التمييز أيضا بين الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل، فقد يكون هذا الإخلال عندما يقوم البنك بعمل ما التزم بعدم تنفيذه (الامتناع عنه) أثناء فترة العقد المبرم بينه وبين عميله، وقد يكون هذا الإخلال كذلك عندما يمتنع البنك عن القيام بعمل ما التزم بتنفيذه في الفترة المحددة للعقد.

وتجدر الإشارة أنه لا بد من تحديد هذه الصور، لتوضيح ومعرفة ما إذا كان الالتزام المحدد في العقد التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 124 . 126.

بحيث نكون أمام الالتزام ببذل عناية عندما يقوم شخص ما بالتعهد ببذل جهد معين بهدف الوصول إلى الغاية المرجوة من العقد، وعند امتناع الشخص عن بذل مقدار الجهد المتفق عليه مسبقاً في العقد يكون مخطئاً، ويحدد هذا الخطأ نتيجة تحليل سلوك الملتزم ومقارنته وفقاً للمعيار الموضوعي¹.

ولكن التساؤل الذي يبقى مطروح: هل الخطأ التعاقدى درجات؟، للإجابة على هذه الإشكالية نجد أنه في القديم قسم الفقه الأخطاء العقدية إلى عدة أقسام، وقام بتصنيفها إلى فئات ثلاثة، تتمثل هذه الأخيرة في الخطأ الفادح أو الجسيم والخطأ الطفيف والخطأ الطفيف جداً.

بحيث قام المشرع اللبناني بتخصيص كل فئة من الموجبات بنوع من الخطأ، الذي على أساسه تقوم المسؤولية التعاقدية ومثاله: "إذا كان الموجب العقدي موضوعاً فقط لمصلحة الدائن كعقد الوديعة، فإن الوديع لا يسأل عن الضرر اللاحق بالوديعة، إلا إذا ارتكب خطأ فادحاً أو جسيماً، أما إذا كان الموجب موضوعاً لمصلحة طرفي العقد، كما هو الحال في عقد البيع أو الإيجار، فإن مسؤولية عدم تنفيذ العقد تقع على عاتق المدين بالموجب، وإن حصل ذلك نتيجة لخطأ طفيف ارتكبه، وفي حال وضع الموجب العقدي لمصلحة المدين فقط، كما هو الحال في عارية الاستعمال تقوم مسؤوليته، وإن كان الضرر الحاصل نتيجة خطأ طفيف جداً ارتكبه".

غير أن هذا التصنيف الثلاثي لم يطبق في النظرية العامة للعقود إلا في إطار هامشي، لأنه كان محل انتقاد كبير من طرف بعض فقهاء القانون وعلى رأسهم العلامة بلانيول، الذي أكد على أن قيام المسؤولية ليس حسب درجة الخطأ، وإنما مدى الموجب الذي التزم به المدين ودرجة الحرص على تنفيذه، في حين رأى البعض الآخر من فقهاء القانون، أن الضرر الناجم عن الخطأ هو الذي يدفع إلى قيام المسؤولية، وذلك بهدف الحصول على التعويض.

1_ "يتم قياس سلوك الشخص عادة وفقاً لمعيارين، الأول شخصي والثاني موضوعي، والمعيار الشخصي يقوم على النظر إلى الشخص ذاته من خلال البحث في ظروفه الشخصية من ذكاء وفطنة ونشاط وغيرها، بينما المعيار الموضوعي لا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية، بل ينظر إلى الفعل الذي صدر عن الشخص، وتتم مقارنة سلوك الشخص بسلوك الشخص العادي الذي تم تجريده من ظروفه الشخصية أو كما يسمى الرجل المعتاد، وفي هذا المجال فإن الرجل المعتاد هو الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد الفطنة فيرتفع للذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل المهمة".

بالرجوع إلى القانون اللبناني نجده نص على أنه: " في بعض العقود لا يكتفي لإقامة المسؤولية بعدم التنفيذ، بل يقتضي أن يكون المدين قد ارتكب خطأ يجب على الدائن إثباته، ويعين القانون درجة أهميته"، ولكن في حقيقة الأمر لا يوجد أي نص يوضح أن المشرع اللبناني أخذ بالتصنيف الثلاثي للخطأ، وإنما نجده نص على الخداع والخطأ الفادح.

وهذا ما نصت عليه المادة 262 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، بحيث نصت على أنه: " التعويض في حالة التعاقد لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد، ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً.

وأخيراً تجدر الإشارة أن المشرع اللبناني أكد وصرح أيضاً مثله مثل التشريعات المقارنة الأخرى، أن المسؤولية المدنية التعاقدية لا تقوم إلا إذا توافر عنصر الخطأ الذي ارتكبه المدين، وعلى الدائن إثبات الضرر الذي لحق به¹، وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة الركن أو العنصر الثاني من عناصر المسؤولية المدنية التعاقدية، ألا وهو الضرر الالكتروني وذلك فيما يلي:

المطلب الثاني: الضرر التعاقدى وعلاقة السببية الالكترونيين.

بعدما قمنا بتوضيح عنصر الخطأ الالكتروني ضمن عناصر المسؤولية العقدية الالكترونية، فنحن بصدد عنصرين آخرين، والمتمثلان في الضرر التعاقدى الالكتروني وعلاقة السببية، بحيث تقوم المسؤولية المدنية التعاقدية التي تقع على المدين، إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذ تعهده أو التأخر في تنفيذه أو الإساءة في التنفيذ، يتمثل في تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة لتخلف المدين عن أداء التزامه.

إن الضرر هو عنصر جوهري لقيام المسؤولية المدنية التعاقدية، ففي حالة انعدام عنصر الضرر لا تقوم هذه المسؤولية²، والطرف المتضرر لا يمكنه فقط إثبات الضرر والخطأ، وإنما يجب عليه أن يثبت أيضاً قيام علاقة السببية بينهما (الخطأ والضرر).

1_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 51.

2_ مصطفى العوجي، نفس المرجع، ص 59.

وهذا ما سنقوم بتوضيحه في الفرعين التاليين، بحيث سنحدد في الفرع الأول الضرر التعاقدى الالكترونى، أما في الفرع الثانى سنحدد فيه علاقة السببية الالكترونية.

الفرع الأول: الضرر التعاقدى الإلكتروني.

يعتبر الضرر التعاقدى الإلكتروني الركن الثانى من أركان المسؤولية المدنية التعاقدية، ويقصد به على أنه: "الإخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضروب فى ماله أو شخصه، أى الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، وهو ركن جوهري وأساسى فى المسؤولية المدنية لأنه محل الالتزام بالتعويض".

وعرفه البعض الآخر أيضا على أنه: "هو الخسارة التى تلحق بالطرف الذى تم التقصير فى مواجهته، أو المكسب الذى فاتته من جراء ذلك".

وعرفه البعض كذلك على أنه: "انتقاص حق للإنسان من حقوقه الطبيعية أو المالية بغير مبرر، وقد يتنوع الضرر الإلكتروني بحسب طبيعته ومجاله ونوعيته، ولعل القاسم المشترك هو ارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة فى الإلكترونيات، وما يتسم به من دقة فى تقديره وتحديده، حيث يمثل غالبا طابعا معنويا أو ماليا أو أدبيا"¹.

بالرجوع إلى التشريع الجزائرى نجده لم يسن أى قانون يخص المسؤولية المدنية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، وبالتالى هناك فراغ تشريعى كبير مقارنة بالدول الأخرى، ولكن نص بصدد العقود التقليدية وذلك فى المادة 176 من القانون المدنى الجزائرى على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه"².

فالمبادئ العامة فى الضرر الإلكتروني تعتبر الضرر على أنه: "الضرر هو الإخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضروب فى ماله أو شخصه، أى الأذى الذى يصيب الشخص فى

1_ عبد الفتاح محمود الكيلانى، المرجع السابق، ص 128 و 129.

2_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ فى 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدنى المعدل و المتمم.

حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، والضرر هو الركن الجوهري والأساسي في المسؤولية المدنية، بل هو قوام هذه المسؤولية كما سبق الذكر، لأنه محل الالتزام بالتعويض، فالتعويض يستهدف جبر الضرر ويتحدد مقدار التعويض بقدر الضرر".

فحدوث الضرر مسألة موضوعية ليس لمحكمة النقض رقابة عليها، على عكس شروطها التي هي مسألة قانونية تخضع لرقابة هذه المحكمة¹.

وتتنوع صور وتطبيقات الضرر في المجال الالكتروني، فهو لا يتسم بطبيعة واحدة، بل تختلف طبيعته بحسب مجاله ونوعيته، ولعل القاسم المشترك هو ارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة في الالكترونييات، وما يتسم به من دقة في تقديره وتحديده، حيث يمثل طابعا معنويا غالبا ما يتجسد في صورة معلوماتية، إلا أن لها طابع مالي أو مادي.

وأهم صورة للضرر المادي الالكتروني، تتمثل في تدمير الثروة المعلوماتية في البرامج وقواعد المعلومات، وكل ما يترتب عنها من نتائج وخيمة على المشاريع والإنتاج والأجهزة والخدمات، وأيضا في حالة تدمير الفيروس بأغراضه المختلفة للحاسب وبرامجه، وبالتالي يترتب أضرار مادية في الخسارة التي تلحق المضرور وما فاتته من كسب، وأيضا تشمل الأضرار المستقبلية ما دام أنها مؤكدة.

أما بالنسبة لصور الضرر الأدبي الالكتروني، فقد تتمثل في انتهاك سرية المعلوماتية والبيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة، وذلك من خلال التجسس الالكتروني لإختراق جهاز الحاسب الآلي، وبرامجه وقواعد المعلومات، ومثال ذلك: "الأضرار الناجمة عن البث الفضائي للبرامج، التي تتضمن مساسا بأمن وكرامة الأفراد والقيم السائدة لديهم، وما قد تنطوي عليه من إهانات وتجريح لحرمة وخصوصية الآخرين، عبر ما تحمله من أساليب دعائية مغرضة أو عرض الوقائع الكاذبة والأنباء المحرفة².

1_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 333.

2_ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 333 و 334.

بحيث الضرر الأدبي يعتبر من الأضرار التي تنتج أو تترتب على استخدام معلومات غير صحيحة أو غير كاملة، وهو كل ما يصيب الشخص في أمواله، وما يلحق به من خسائر مالية، نتيجة لإتلاف أمواله كلها أو جزء منها، أو تفويت منفعة له.

والضرر الأدبي والمعنوي كما سبق الذكر هو الضرر الذي يلحق بسمعة الإنسان وشعوره ومكانته الإجتماعية، وذلك بشرط إمكانية تقديره بالنقود بحد معقول، ومثال ذلك: " أن يقدم مصرف على وقف حساب جاري لأحد التجار دون أن يعلمه بذلك، مما يشكل فسحا للعقد القائم بينهما، فإذا أصدر التاجر شيكا امتنع المصرف عن دفع قيمته متسببا بملاحقته مدنيا، تترتب على المصرف التعويض عليه عن الضرر المعنوي، الذي لحق به من جراء رفضه دفع قيمة الشيك، مما أحدث اهتزازا في الثقة به تجاه التجار وموردي البضاعة ".

فالقاضي هو الذي يحدد مدى الضرر، ثم يقوم بتقدير التعويض نقدا، وتحديد وتعيين هذا الأخير عن الضرر المعنوي بالنقود، يعتبر أمرا صعبا لأن سمعة الإنسان ومكانته الإجتماعية لا تعوض بالنقود، وهذا ما يدفع إلى التعويض عنهما بوسيلة إرضائية، بمعنى " تطيب خاطر "1.

وأهم مثال أيضا فيما يخص الضرر الأدبي: " إذا كان المشترك عبارة عن شركة ما، قد حصلت على معلومات غير دقيقة عبر الانترنت واعتمدت عليها في إنتاجها، فترتب عليه إنتاج منتج أقل جودة مما اعتاد العملاء من هذه الشركة على منتج بجودة عالية، فهنا يكون الضرر أدبيا نتيجة السمعة السيئة التي لحقت بالشركة، نتيجة عدم جودة السلعة مما تترتب عليه انصراف العملاء عنها ".

ومثال آخر للضرر الأدبي: " انتهاك سرية المعلومات التي توصل إليها المتفاوض أثناء المفاوضات، مما تسبب له أضرارا أدبية بالغة "2.

فالضرر المعنوي (الأدبي) حسب المشرع الفرنسي هو " كل ألم إنساني غير ناتج عن الخسارة المالية، وهو يغطي ألم المتضرر في جسده أو شرفه أو عاطفته... وبالرغم من

1_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 60 و 61.

2_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 129 و 130.

التضارب في عدم تقدير الضرر المعنوي، فقد رفضت محكمة التمييز كل هذه النظريات، وقالت بأن التعويض المالي لا يعيد الحالة إلى ماكانت عليه، أن يحو الضرر ولكنه يوفر ترضية بالمقابل¹.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي لم يحدد المقصود بالضرر، فحسب المنطق يجب التفريق بين كلمتي الضرر والخسارة، إن الضرر يقتصر على العناصر المكونة سواء كانت مادية أو كانت معنوية، أما الخسارة فتقتصر على تقدير هذه العناصر ماليا من طرف القاضي.

فالضرر المترتب على عدم تنفيذ الالتزام يقتصر أساسا على حرمان الدائن من منافع العقد، لأن الدائن قد أبرم العقد ليحصل على أرباح و منافع منه، وأيضا قد يكون دفع مبلغا لهذه المنافع ولن يتمكن من استرجاعه، وذلك نتيجة لإعسار حصل للمدين مما دفع به إلى الإفلاس.

ومثال ذلك: " أن يشتري تاجر ألبسة لبيعها أثناء الصيف، وقد دفع ثمنها كله أو بعضه، فلم يقد البائع بتسليمها أو أنه عرض تسليمها في الشتاء، إن عدم تنفيذ العقد في أجله عرض الشاري إلى خسارة تمثلت بعدم تمكنه من ممارسة تجارته، وإلى تقويت الريح عليه، وربما لن يتمكن من استيفاء ما دفعه من الثمن، لإعسار البائع وعرضه أيضا إلى الإخلال بعقود أبرمها مع شارين للبضاعة.

فيتحمل التعويض عن إخلاله بهذه العقود، وقد عرض سمعته ومكانته التجارية للاهتزاز وعدم الثقة، وربما أدت به إلى حالة الإفلاس لعدم تمكنه من تسديد ديون عليه تجاه تجار آخرين، وكان قد عول على عقد شراء الألبسة لتسديدها من ثمن المبيع، كما أن تأخره عن تسديد سندات دين عليه للمصارف يعرضه إلى سحب ثقتها منه، وعدم تسليفه مستقبلا إلا لقاء فوائد مرتفعة، أو لقاء جراء عقود تأمين على املاكه "

1_ مورييس نحلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ج2، 2001، ص 76.

إن كل هذه الأضرار التي سبق لنا ذكرها، قد تترتب إما مباشرة من عدم تنفيذ الالتزام، وإما بطريقة غير مباشرة، كما أنها تتصف بالصفة المادية التي تشمل خسارة المال والربح، وأيضاً تتصف بالصفة المعنوية التي تشمل اهتزاز ثقة التجار والمصارف¹.

وقد ينتج الضرر بصفة عامة أيضاً نتيجة الإخلال بالالتزام تعاقدى في مجال الاستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء مثلاً، نقصد به " فهو ما يصيب المتعاقد الآخر من أذى في ذمته المالية، وأن يكون نتيجة مباشرة لهذا الاستخدام، ولكن لا يكفي أن هناك إخلالاً بالالتزام عقدي يتمثل باستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء، ولا يكفي أن يكون هناك ضرر، بل يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن الاستخدام غير المشروع².

وعليه فالضرر يعتبر من أهم أركان المسؤولية، سواء كانت هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية، فمع الضرر تدور المسؤولية المدنية وجوداً وعدمًا، وكقاعدة عامة إذا لم يكن هناك ضرر لا تقوم المسؤولية، والخطأ العقدي وحده لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية، وإنما يجب أن ينتج عن هذا الخطأ ضرر لحق بالدائن، ومثال ذلك إذا قام شخص ببيع شيء ما لآخر، وتعهد له بتسليمه إياه في وقت محدد، ولكنه خالف تعهده وتأخر بتسليمه، فهنا إن هذا التأخر يعد خطأ عقدي، غير أن المسؤولية المدنية العقدية للبائع لا تقوم، إلا إذا أثبت البائع أن هناك ضرراً أصابه نتيجة هذا التأخر في التسليم.

غير أن القانون افتراض وجود الضرر افتراضاً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس، وذلك في حالة ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، إذ القانون في هذه الحالة ألزم المدين بدفع فوائد تأخيرية عن المدة التي تأخر فيها عن دفع المبلغ، ويطلق عليها بالفوائد التأخيرية.

إن الضرر في هذه الحالة يعتبر ضرراً مفترضاً لا يجبر الدائن على إثباته، وفي المقابل لا يسمح للمدين أن ينفي وقوعه ليدفع عنه المسؤولية، ويتحقق هذا كله عند عدم تحديد مقدار الضمان في القانون أو في العقد، وتقوم المحكمة بتقديره بالتساوي مع الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه، أما فيما يخص الشروط الواجب توافرها في الضرر، تقتصر أولاً على أن يكون الضرر

1_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 60.

2_ وسام فيصل محمود الشواورة، المرجع السابق، ص 128 و 129.

محققا (حالا)، فالضرر الحال يعنى به الضرر الذي وقع فعلا، أما الضرر المحقق الوقوع هو ذلك الضرر الذي لم يقع فعلا ولكنه محقق الوقوع في المستقبل¹.

وأهم مثال فيما يخص الضرر الحال: " النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور من قطع المفاوضات"، أما في ما يخص الضرر المستقبلي نجد: " ضياع الفرصة على المشترك نتيجة خطأه، بتزويده بمعلومات غير صحيحة وناقصة"².

ويشترط أيضا في الضرر أن يكون ضرا مباشرا، بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي أو لامتناعه عن الوفاء به، أو الوفاء به بشكل معيب أو تأخره في الوفاء به، فإذا لم يكن الضرر مباشرا، فإن المدين لا يسأل عنه في هذه الحالة.

وأخيرا يشترط في الضرر أن يكون متوقعا، بمعنى الأضرار والخسائر التي كانت متوقعة، أو التي يمكن أن نتوقع حدوثها عند إبرام العقد³.

بحيث يقصد به الضرر الذي يمكن عادة توقع حدوثه في الفترة التي انعقد فيها العقد، لأن المتعاقد لا يسأل عن الأضرار التي جاءت نتيجة طبيعية مباشرة لإخلال المدين بتنفيذ التزاماته، لم يستطع توقعها وقت إبرام العقد.

إن المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد مدى توقع المدين للضرر من عدمه، هو معيار الشخص المعتاد، غير أنه يجوز أن يسأل المدين عن الضرر المباشر غير المتوقع، إذا كان قد ترتب عنه خطأ عقدي راجع إلى غش أو خطأ جسيم⁴.

1_ كميث طالب بغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان (المسؤولية الجزائية والمدنية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن (عمان)، 2008 . 2009، ص 37 و 38 و 39.

2_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 130.

3_ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, les effets de la responsabilité, delta, Paris, 2001, p581.

4_ كميث طالب بغدادي، المرجع السابق، ص 39.

وبالتالي إذا أثبت قيام المسؤولية المدنية العقدية، يقوم القاضي بإلزام المسؤول على تعويض المضرور، وجبر الضرر الذي أصابه نتيجة خطأه¹، ويجب أن تقوم علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر.

الفرع الثاني: علاقة السببية الإلكترونية.

إن تحديد رابطة السببية عبر شبكة الانترنت تعتبر من المسائل الشاقة والمعقدة، وذلك نتيجة لتغير الحالات والخصائص وعدم بروز أسباب ظاهرة، لأنها قد تكون إما أسباب بعيدة أو خفية، ترجع إلى تداخل المعلومات والبيانات والأدوار أثناء تركيب الأجهزة، مما يؤدي إلى صعوبة تحديد وتعيين المعامل الفعال².

فالتساؤل المطروح هنا هو كيف يمكن معالجة هذا الرابط السببي في الحالات التي سبق ذكرها؟، إذ يبدو من المنطقي أن مسألة علاقة السببية سيتم تناولها بعد إثبات وجود الخطأ والضرر، سواء من جهة الطرف المتسبب في الضرر أو من قبل اعتبارات خارجية أخرى، وتظهر هذه الأخيرة عندما يأتي القاضي بعدم وجود عيب في المنتج وخطأ من الشركة المصنعة³، بحيث يجب أن تعطى أهمية خاصة لمسؤولية المنتجات المعيبة مثلاً، لأنها من المحتمل أن تعرض المستهلكين للخطر⁴، وهناك بعض الحالات الأخرى التي يكون فيها الضرر نتيجة لتدخل طرف ثالث مثل (القرصنة...)⁵.

وعليه لكي تقوم المسؤولية المدنية التعاقدية للمدين، يجب أن يكون الضرر الذي لحق المضرور نتيجة طبيعية ومباشرة لعدم وفاء المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية أو إخلاله به، ففي حالة ما إذا انعدمت علاقة السببية بين الخطأ والضرر التعاقدية لا تقوم المسؤولية المدنية

1_ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 24.

2_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 334 و 335.

3_ Bernard DUBUISSON et Patrick HENRY, droit de la responsabilité, édition Larcier, Bruxelles, 2004, p 185 et 186.

4_ Djamila MAHI-DISDET, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, thèse de doctorat - l'académie d'Aix - Marseille - Université D'AVIGNON et des pays de VAUCLUSE, France, 2011, p53.

5_ Laure DALLEVE et Raphael BAGNOUD, internet 2005, Cedidac 67, la Suisse (Lausanne), 2005, p 41.

التعاقدية، وإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي تنتفي علاقة السببية أيضاً، وهذا ما ذهب إليه المشرع الأردني في المواد 261 و 448 من القانون المدني الأردني¹.

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده أكد أيضاً على أنه لا يكفي المتضرر إثبات الضرر والخطأ، من أجل الحصول على إصلاح وتعويض الضرر الناتج، وإنما يجب عليه إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر المترتب عنه².

ونفس النهج انتهجه المشرع المصري، بحيث نص في المادة 165 من القانون المصري على وجوب توافر علاقة السببية في المسؤولية التعاقدية، بحيث نصت المادة على أنه: "إذا لم توجد رابطة السببية بين الخطأ و الضرر، فلا مسؤولية.

وعلاقة السببية تنتفي إذا وجد السبب الأجنبي، كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور"³.

أما إذا أثبت الدائن وقوع الخطأ والضرر، فإنه يفترض وجود علاقة السببية بينهما ومثال ذلك: "لا يكون صاحب قاعدة المعلومات مسؤولاً عما يقدمه من معلومات إلى المشترك، وما قد يصيب هذا الأخير من ضرر حتى ولو ثبت وقوع الخطأ في جانبه، إلا إذا قامت علاقة السببية التي تربط بين هذا الخطأ وبين الضرر، ومن هنا لا يكفي أن يدفع المشترك بأن المعلومات التي تم توريدها عبر قاعدة المعلومات خاطئة، لكي يكون له الحق في جبر الضرر الذي لحق به، دائماً يجب قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر".

وفي هذا المجال لا يكفي وجود نوع من التزام بين حدوث الضرر، ولا بد أن تكون هذه المعلومات هي السبب المباشر في إلحاق الضرر بالمشترك، وهذا حسب القواعد العامة.

1_كميت طالب بغدادي، المرجع السابق، ص 40.

2_Patrice JOURDAIN, les principes de la responsabilité civile, 6eme édition Dalloz, France (paris), 2003, p 58.

3_حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، ط02، مصر (القاهرة)، 1979، ص 352.

إذا كان التزام المدين بتحقيق نتيجة، فهنا علاقة سببية تكون مفترضة الوجود، وإذا لم تتحقق النتيجة فإنه يفترض أن ذلك يرجع إلى خطأ المدين، فإذا أثبت الدائن وجود الالتزام وعدم تنفيذه، تقوم مسؤولية المدين التعاقدية، ولا يمكنه أن ينفي قيامها إلا بإثبات السبب الأجنبي¹.

إن يجب قيام رابطة أو علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر الناتج عنه، لأن هذا الأخير يعد حاصلًا بصورة مباشرة من الخطأ العقدي، بمعنى أنه يجب أن تكون جميع الأضرار ناتجة بطبيعتها عن ذلك الخطأ.

وبالرجوع إلى قانون الموجبات والعقود اللبناني، نجده لم يصرح بضرورة ووجوب قيام علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر الناتج عنه، إنما استخلص وجوب قيامها (علاقة سببية) من النصوص الواردة في الفصل الخاص بأحكام المسؤولية العقدية ونتائجها.

بحيث نصت المادة 253 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "أن أحد شروط استحقاق التعويض عن العطل والضرر هو أن يكون الضرر معزواً إلى المدين، أي أن يكون هو الذي أحدث هذا الضرر بتصرفه الخاطئ، كامتناعه عن إنفاذ العقد مثلاً".

ثم بعدها نصت المادة 261 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "إن الأضرار التي يعتد بها هي الأضرار المباشرة، بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب، مما يعني أنه كما يجب أن تكون الأضرار التي يعوض عنها أضراراً مباشرة، كذلك يجب أن يكون حال الأضرار غير المباشرة"².

وفي الأخير نستنتج أن علاقة السببية هي مبدأ تقليدي في المسؤولية المدنية التعاقدية، بحيث هذا المبدأ يفترض دائماً وجود هذه العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الناتج عنه³، ففي حالة تحقق علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فيترتب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 134 و 135.

2_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 81.

3_ Philippe LE TOURNEAU et Loïc Cadiet, droit de la responsabilité, 03eme édition Dalloz (Delta), France (Paris), 1997, p 231.

المبحث الثاني: تعويض الضرر الإلكتروني.

فمن شروط المسؤولية المدنية الالكترونية التعويض المستحق للطرف المتضرر، من قبل الشخص الذي دمر جزئيا أو كلياً شيء مملوك للآخر، وذلك بإعادة الشيء في الوضع أو الحالة التي كان عليها، أما إذا كانت التعويضات العينية مستحيلة وكانت الممتلكات متضررة، يجب على مرتكب الفعل الضار أن يدفع ما يعادل قيمته، إذا كان ذلك الشيء المتضرر قابلاً للاستبدال، أو يجب عليه أن يقدم ويسلم للطرف المتضرر أيضاً نفس الكمية المهلوكه¹.

وعليه عند قيام المسؤولية المدنية يترتب التزام المسؤول عن الضرر بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه، ويقصد بالتعويض هنا جبر الضرر الذي مس المتضرر، وتقدير التعويض قد يكون بطريقة تشريعية (أي عن طريق المشرع) وهو ما يعرف بالتعويض القانوني، أو يكون بطريقة اتفاقية (أي عن طريق اتفاق الأطراف) وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي، أو يتم تقديره من طرف القاضي عندما تتوفر فيه جميع شروط قيام المسؤولية المدنية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ولا يمكن جبر الضرر إذا لم يقدر التعويض²، وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"³.

فإذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص قانوني، فإنه يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وهذان الشرطان يجب على القاضي أن يدخلهما عند تقديره للتعويض⁴.

القاضي له سلطة مقيدة في تقدير التعويض وليست مطلقة، وذلك لأنها مقيدة ببعض القيود التي يجب مراعاتها عند إصدار الحكم بالتعويض، ومن بين هذه القيود ما هو اتفاقي وما هو قانوني، وأيضا نجد محكمة الموضوع لا تقوم بتحديد التعويض من تلقاء نفسها، وإنما يجب

1_Nour-Eddine TERKI, Les obligations (responsabilité civile et régime général), Edition O.P.U, Alger, p46.

2_محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 342.

3_الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

4_أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 13 و 14.

عليها أن تحترم جميع القواعد التي سطرها القانون في ذلك عند تقديرها للتعويض¹، وخطأ المضرور يلعب دورا هاما في تحديد التعويض².

وعليه فإن التعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، هذا ما يدفعا في هذه الدراسة إلى البحث عن مفهوم التعويض وتحديد طرقه، ومن ثم كيفية تقديره من خلال الفروع التالية:

المطلب الأول: مفهوم التعويض الإلكتروني.

هناك تعاريف عديدة ومتنوعة للتعويض، بحيث نجد أن كل من التشريع والفقهاء قد تعمق في إيراد تعاريف متعددة للتعويض، كل تعريف منها ينظر له من جهة، وهذا ما سنقوم بتحديدته في الفروع التالية، بحيث سنحدد في الفرع الأول تعريف التعويض الإلكتروني، الفرع الثاني سنحدد فيه طرق التعويض الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف التعويض الإلكتروني.

سوف نحدد المقصود بالتعويض من الناحية اللغوية، الاصطلاحية، التشريعية والفقهاء.

أولا: التعريف اللغوي للتعويض الإلكتروني:

يقصد بالتعويض لغة على أنه: " هو من عوضته تعويضا، أي أعطيته ما ذهب منه، تقول عشت فلانا وأعضته وعوضته، وأعتاض فلان من فلان أي أخذ منه العوض، وأعتاضني فلان إذا جاء طالبا للعوض والصلة".

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتعويض الإلكتروني:

يقصد بالتعويض اصطلاحا على أنه: " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية".

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 434.

2_Carole AUBERT, la nouvelle loi sur la signature électronique et le droit du bail, 14eme séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel (suisse), 2006, p17.

يلاحظ من خلال هذا التعريف أنه يفرض على المسؤول بأن يلتزم بجبر الضرر مهما كان، سواء كان الضرر ماديا كتقويت منفعة مثلا، أو ضررا جسديا أو معنويا، إذ في جميع هذه الحالات يلتزم المسؤول بالتعويض وجبر الضرر للمتضرر، لأن الهدف من التعويض هو إعادة الحال على ما كان عليه بأية طريقة من الطرق¹.

ثالثا: التعريف التشريعي للتعويض الإلكتروني:

إن تعريف التعويض حسب كل من المشرع الأردني والمشرع المصري لم يحددا تعريفا له، وهذا ما يتماشى مع المنهج التشريعي السليم، الذي بدوره يتقضى تحديد تعاريف للمصطلحات القانونية تاركا ذلك للفقه، لأنه من أهم ما يجب أن يتسم به التعريف أن يكون جامعا مانعا، جامعا لكل عناصر الشيء المعرف ومانعا دخول عناصر غريبة عنه.

بالرجوع إلى القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1976 التي ينظم الأحكام الخاصة بالتعويض في مجال المسؤولية العقدية، يتضح لنا بأن هذه الأحكام لم تعرف التعويض، وإنما فقط بينت الأحكام الخاصة به من خلال حالات استحقاقه وأنواعه، إذ استعمل المشرع الأردني مصطلحين للدلالة على التعويض، المصطلح الأول يتمثل في التنفيذ بطريق التعويض، أما المصطلح الثاني يتمثل في الضمان، وذلك تأثيرا من الفقه الإسلامي وحسب المواد (360 و 364) من القانون المدني الأردني.

أما فيما يخص قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، نجد أن المشرع الأردني اكتفى باستعمال مصطلح التعويض فقط، حسب نص المادة 97 منه على أنه: "إن الموكل الذي يلغي الوكالة، وكذلك الوكيل بالعمولة الذي ينكل عن وكالته، يلزم بالتعويض إذا وقع الإلغاء أول النكول بدون سبب مشروع".

أما بالنسبة للقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 أيضا لم يضع تعريفا للتعويض، وإنما اكتفى بتنظيم الأحكام الخاصة به، ومن أهم نقاط الاختلاف بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني في إطار الأحكام الخاصة بالتعويض، هو أن القانون المدني

1_ نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط. كلية الحقوق، 2012، ص 67 و 68.

المصري أدرج في أحكامه التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، إذا كان الالتزام المراد تنفيذه هو دفع مقابل من المال حسب ما تقتضيه نص المادة 226 من القانون المدني المصري، أما القانون المدني الأردني فقد وجدناه تجاهل النص على مثل هذا الحكم¹.

رابعاً: التعريف الفقهي للتعويض الالكتروني:

يرى جانب من الفقه أن التعويض يقصد به: "التعويض مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن، لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به حسن النية، والثقة المتبادلة بين الناس".

نلاحظ من خلال هذا التعريف أنه اعتبر التعويض مبلغاً محددًا من النقود، أي أنه ركز على جانب واحد من جوانب التعويض، على الرغم من أن هناك أوجه أخرى متنوعة للتعويض، لأن هذا الأخير يمكن أن يكون تعويضاً عينياً أو تعويضاً بمقابل غير نقدي، لهذا قد لا يأخذ صورة النقد، خاصة إذا تولدت للقاضي قناعة أن التعويض قد يكون عينياً أو بمقابل غير نقدياً.

وهناك من عرفه أيضاً بأنه: "وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته، إذا لم يكن محوه ممكناً، والغالب أن يكون مبلغ من المال يحكم به للمضروب على إحداث الضرر، ولكنه قد يكون شيئاً آخر غير المال كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم".

نرى أن هذا التعريف ركز على جهة تقدير التعويض، واعتبر القضاء وحده هو الذي يقوم بتقديره، دون النظر في التعويض الاتفاقي الذي يقوم الطرفان بالاتفاق عليه مسبقاً، غير أنه لم يحصر التعويض على أنه تعويض نقدي فقط.

كل هذه التعاريف سألغة الذكر لم تركز على جانب واحد من التعويض، إذ أن كل تعريف ركز على جانب دون الآخر، وإذا أردنا أن نحدد مفهوم التعويض علينا أن نجمع بين كل التعاريف السابقة.

1_حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس (فلسطين)، 2011، ص 10 و 11.

وعليه يمكن تعريف التعويض على أنه: " حق للدائن والتزام للمدين يثبتان في ذمتها عند الإخلال بالالتزام، ويكون إما نقدي و إما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام"¹.

فنظام التعويض يقوم أساسا على فكرة إصلاح الضرر الجسدي بصفة عامة، بحيث يعرف على أنه جميع الإصابات الجسدية للشخص المتضرر، ومن بين هذه الأضرار التي لحقت بالسلامة الجسدية للشخص، الموت، الجروح، فقد أحد الأعضاء، فعدم القدرة هي أحد الخصائص الأساسية للضرر الجسدي، بحيث تعرض الشخص لأضرار بدنية ونفسية، تجعله غير قادر على استخدام قدراته البدنية والفكرية، وعلاوة على ذلك تسبب عجزا تختلف درجاته حسب شدة التدخل، فقد يكون عجز كلي، جزئي، دائم أو مؤقت... إلخ².

إن النظام في المملكة العربية السعودية "نظام مزاولة المهن الصحية" لم يحدد تعريف للتعويض، وإنما ترك ذلك للفقهاء والشراح الذين أوردوا مجموعة من التعريفات بخصوص التعويض، ومن أهم هذه التعريفات أنه:

- "هو مبلغ من المال يدفع إلى شخص معين بدلا عن ضرر أصابه".
- "هو مبلغ من المال يدفع إلى شخص معين مقابل ضرر لحق به".
- "هو مشتق من كلمة عوض أي يدفع بدل من ذهب، وهو ما يعطي للمرء مقابل ضرر لحق به".
- "هو مبالغ يلتزم بها مسؤول عن ضرر معين، ويقصد بهما جبر هذا الضرر".
- "هو مبلغ من المال للتعويض عن أي نوع من الضرر".

1_ أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في

العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2013 و 2014، ص 08 و 09.

2_ Ali FILALI, l'indemnisation du dommage corporel l'article 140 Ter du code civil: la consécration d'un système d'indemnisation exclusif de la responsabilité civile, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n 01/2008, p 119.

يلاحظ من خلال التعاريف السابقة أن أساس التعويض هو التعويض المالي، هذا على عكس الفقهاء الذين ركزوا على أن يكون التعويض قائم على مراعاة المثلية التامة بين الضرر والعيوض¹.

فالتعويض بمفهومه العام هو الحكم الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية، وما يجب على المتضرر الوصول إليه لجبر الضرر الذي لحقه ومسه من جراء الضرر الناتج عن المسؤول، لأن التعويض مرهون بوجود شخص ما ترتب عنه ضرر، بإمكان العودة إليه في أي لحظة للمطالبة بالتعويض وإلزامه على دفعه².

وأخيرا اتفق معظم الفقهاء على تحديد المقصود بالتعويض، واعتبره على أنه: "التعويض هو جبر الضرر وإعادة التوازن الذي اختل في ذمة المضرور بسبب النقص الذي أصاب ثروته"³.

وعليه لا يحكم بالتعويض إلا إذا تحقق الهدف المرجو منه، وهو جبر الضرر ومحوه قدر المستطاع، ومن الطبيعي أن هذا الهدف المرجو لا يتحقق إلا إذا شمل التعويض عناصره الأساسية، والمتمثلة في ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

ومن خلال هذا نلاحظ أن التعويض يشمل عنصران أساسيان، يتمثل العنصر الأول في الخسارة اللاحقة، أما العنصر الثاني فيقتصر على الكسب الفائت، ولكن التساؤل المطروح في هذا الصدد: هو كيف يتم التعويض عبر الانترنت (طرق التعويض الالكتروني)؟.

1_ صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (كلية العدالة الجنائية)، الرياض، 1435 هـ . 2014 م، ص 58 و 59.

2_ عفيف محمد أبو كلوب، التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسؤول عن الضرر (دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني، الفرنسي والفقهاء الإسلامي)، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2014، ص 03.

3_ خرشف عبد الحفيظ، حق ذوي الحقوق في التعويض، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية. جامعة الجزائر 1. كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، ص 14.

الفرع الثاني: طرق التعويض الإلكتروني:

قبل التطرق إلى طرق التعويض الإلكتروني بالتفصيل، سنوضح أولاً متى ينشأ الحق في التعويض؟.

الحق في التعويض أي الحق في إصلاح الضرر عند توافر الشروط الأساسية للمسؤولية المدنية التعاقدية يكون منذ لحظة وقوع الضرر، والقاضي هو الذي يقوم بتحديد هذا الحق بموجب حكم يصدره، وهذا الحكم هو الذي يكشف الحق دون أن ينشأ، والحكم إذا لم يكن مصدراً للحق في التعويض، فإن له أثراً محسوساً في هذا الحق، فهو الذي يحدد عناصره وطبيعته ويجعله مقوماً بالنقد¹.

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض، فهناك فريق من الفقهاء رأوا أن الحق في التعويض ينشأ من يوم وقوع الضرر، أي عندما تتوافر عناصر المسؤولية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ويجب أن يكون هناك حكم صادر من القاضي يكشف الحق في التعويض لا منشأ له.

بينما يرى فريق آخر بأن: "الحق في التعويض ينشأ من يوم الحكم به، فمتى صدر الحكم بالتعويض وصار نهائياً ترتب للمضروب الحق في التعويض".

ومن هنا نجد أن كل من الرأيين تم الأخذ بهما، والرأي المقبول منطقياً هو الرأي الأول والمتمثل في أن ينشأ الحق في التعويض من وقت وقوع الضرر (أي باستكمال العناصر الأساسية للمسؤولية التعاقدية)، لأنه في الأصل الحكم يعتبر كاشف للحق لا منشأ له هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأن الفعل الضار هو مصدر الحق في التعويض، وهذا ما أكدته معظم التشريعات العربية المقارنة².

وكما تبين سابقاً أن التعويض يقصد به محو ما أصاب المتضرر من الضرر بقدر الإمكان، لأن هذا يعتبر أفضل من أن يبقى عليه مقابل مبلغ من المال يتم تقديره، فإمحاء

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 454.

2_ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (التعويض)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02، الجزائر، ص 197 و 198.

الضرر في التعويض نقصد به التعويض العيني، ولكن إذا استحال التعويض أن يكون عيناً، يمكن للقاضي أن يقدر مبلغاً معيناً لتعويض المتضرر بمقابل مالي، من أجل التخفيف على المضرور أثر ما وقع له، وهذا ما يعرف بالتعويض بمقابل.

ونجد معظم التشريعات المقارنة أكدت على أنه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على الضرورة، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض".

نرى أن طريقة إصلاح الضرر تختلف وفقاً لظروف الملايسة في حالة النزاع المطروح من جهة، ومن جهة أخرى وفقاً للطلبات التي يبديها المضرور عن ضرره¹.

فمن شروط المسؤولية المدنية الالكترونية التعويض المستحق للطرف المتضرر من قبل الشخص الذي دمر جزئياً أو كلياً شيء مملوك للآخر، وذلك بإعادة الشيء في الوضع أو الحالة الذي كان عليها، أما إذا كانت التعويضات العينية مستحيلة وكانت الممتلكات متضررة، يجب على مرتكب الفعل الضار أن يدفع ما يعادل قيمته، إذا كان ذلك الشيء المتضرر قابلاً للاستبدال، أو يجب عليه أن يقدم ويسلم للطرف المتضرر أيضاً نفس الكمية المهلوكه²، ونفس الشيء ينطبق على التعويض الالكتروني، فهو يتم إما عن طريق التعويض العيني أو عن طريق التعويض بمقابل، فماذا يقصد بكلاهما؟.

أولاً: التعويض العيني الإلكتروني:

يقصد بالتعويض العيني أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما كان ملتزم به، وهذا ما يعرف بالطريق الطبيعي للالتزام، بحيث نجد أن جميع التشريعات المقارنة أعطت الحق للدائن، أن

1_حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 526 و 527.

2_Nour-Eddine TERKI, les obligations (responsabilité civile et régime général), Edition O.P.U, Alger, p 46.

يجبر المدين على تنفيذ الالتزام الواقع عليه عينا إذا كان هذا الالتزام ممكنا، مع إمكانية الحصول على تعويض نقدي حسب درجة الضرر¹.

يعرف التعويض العيني أيضا على أنه: "الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، والتعويض العيني بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي، ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته، بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه، كما هو الحال في التعويض النقدي.

وبعبارة أخرى أنه يحقق للمتضرر ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود، بهدف إزالة الضرر عينا أي إزالة المخالفة².

" وما يلاحظ أن مختلف التشريعات المقارنة اشترطت بالإضافة إلى ما سبق قيام الدائن بإعذار المدين، بداية نشير إلى أن الإعذار يكون لازما لإثبات مطل المدين، وعدم نيته في تنفيذ الالتزام الناتج عن العقد وهو لازم للتنفيذ العيني، كما يكون لازما لاستحقاق التعويض عن الأضرار التي وقعت للدائن نتيجة للتأخر في التنفيذ هذا في حالة قيام المدين بالتنفيذ، أما إذا لم يستجب هذا الأخير للإعذار.

فإن التعويض يكون لعدم التنفيذ بالإضافة إلى استحقاق التعويض عن التماطل، لهذا فلا يكفي من الدائن إثبات عناصر المسؤولية المدنية للحصول على تعويض الضرر الحاصل له، التي يكون فيها تنفيذ الالتزام لا يزال ممكنا، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن فلا جدوى في هذه الحالة من الإعذار، ويصبح التعويض مستحقا بمجرد إثبات عناصر المسؤولية³.

وعليه فإن إعذار المدين يعتبر واجبا على المدين إلا في حالة التأخر في التنفيذ، ليتمكن المدين من الحصول على تعويض عن التماطل³.

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 427.

2_ نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النهريين (جامعة صدام . سابقا) كلية الحقوق، 2001/07/30، ص 18 و 19.

3_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 428.

وذلك حسب القرار الصادر بتاريخ 2000/01/12، إذ يتضمن هذا القرار أنه " من الثابت قانوناً أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعدار المدين، ولما تبين من القرار المطعون فيه، أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعدار مسبق له، كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني الجزائري، وتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته، فإنهم أخطئوا، مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه¹.

وهناك أيضا من عرف التعويض العيني على أنه: " الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر " .

فهناك من يرى على أنه: "فلا يبقى من الإخلال أو العمل غير المشروع سوى الذكرى"، وبعبارة أخرى "يحقق المتضرر ترضية أخرى من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة أي غير الحكم له بمبلغ من النقود " .

" فالتعويض العيني هو طريقة ناجحة بالنسبة للمضرور، إذ يهدف إلى محو ما لحقه من ضرر طالما كان ذلك ممكنا، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وهو الأصل في الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه إذا كان الشيء الذي أتلّف أو أعدم مثليا، وجب تعويضه بمثله وأن كان قيما فبثمنه " .

أما من الناحية القانونية فقد عرف الفقه جدلا حادا بخصوص مفهوم التعويض العيني، فهناك من أيده وهناك من رفضه.

فالاتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني يرى أن التعويض العيني هو محو الضرر، بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالالتزام، إلا أن هذا التعريف وجهت له عدة انتقادات على حد رفض وجوده، فانقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى فريقين، فريق رافض للمصطلح وآخر رافض للمضمون.

1_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 2001/01، سنة 2001.

أما بالنسبة للاتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني حسب نص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي نصت على أنه: " كل التزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يؤدي إلى التعويض، في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين.

فحسب نص هذه المادة يتضح أن المشرع الفرنسي تبني فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي، وهذا ما أكده القضاء في نطاق المسؤولية العقدية للحكم بالتعويض العيني في كل مرة، يكون هذا التعويض متفقا ومقتضيات العدالة¹.

ومن ثم نجد أن القاضي ليس ملزما بأن يحكم بالتعويض العيني، وأيضا ليس للمضرور التمسك بذلك، لأن التعويض العيني يتوقف على إمكانية القيام به، فإذا استحال ذلك تم القضاء بالتعويض النقدي مقابل تلك الأضرار.

كما تجب الإشارة أن هذا الشرط يعد بديهيا، لأن ليس هناك التزام بمستحيل، وإذا كان التعويض العيني هو في حقيقة الأمر الأصل الذي يلجأ إليه القاضي إذا كان ممكنا، إلا أنه يمكن للمضرور أن يطلب تعويضا نقديا عن الضرر الذي أصابه، ففي حالة ما إذا كان التعويض العيني ممكنا، يجوز للقاضي أن يقضي به على رغم تمسك المضرور بالتعويض النقدي، مادامت إزالة الضرر ممكنة وغير مستحيلة، فالتعويض العيني هو أسهل طريقة وأنفع للمتضرر، ولا يعد ذلك حكما بما يطلبه الخصوم.

فالقانون دائما يحدد الأصل ثم الاستثناء، فالأصل في جبر الضرر هو إصلاح الضرر بطريق التعويض العيني، وما دام ذلك ممكنا فللقاضي أن يقضي به حتى ولو طلب المتضرر تعويضا نقديا، كما يجوز للقاضي أيضا أن يحكم بالتعويض النقدي رغم إمكانية التعويض العيني وفقا لسلطته التقديرية، وذلك في حالة كون هذا الأخير مرهقا للمالك، أو لما يمكن للتعويض العيني من إلحاق ضرر للطرف الآخر.

ويجوز أيضا للقاضي أن يعطي للمتضرر الخيار بين التعويض النقدي أو التعويض العيني، وعليه إن القاضي يتمتع بمجموعة من السلطات في تحديد الطريقة المناسبة للتعويض،

1_ أشواق دهيمي، الرسالة السابقة، ص 25 . 28.

ويبقى التعويض العيني هو الأصل الذي يتم القضاء به كوسيلة لجبر الضرر، مادام ممكنا وغير مرهق للطرف الآخر¹.

ثانيا: التعويض النقدي الإلكتروني:

أما التعويض بمقابل فهو يتفق مع طبيعة الضرر، وبالأخص الضرر الأدبي والضرر الجسماني، وبهذا يستحيل التنفيذ العيني، وهذه هي الصورة الموجودة بكثرة في المسؤولية المدنية الإلكترونية، ومثال ذلك اختراق الجهاز المعلوماتي أو تدميره، أو التعدي على حقوق الملكية الفكرية أو الحقوق الشخصية مثل إفشاء الأسرار والمساس بالحق في الخصوصية².

فالتعويض بمقابل يكون متى استحال تنفيذ الالتزام عينا، وذلك لأن التعويض العيني أمر عسير في مجال المسؤولية المدنية، وغالبا ما يكون بمقابل وبصفة خاصة نقديا³.

وهناك قرار محكمة الاستئناف الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية 02 في 2010/09/03، والذي يتضمن: " أن شركة eBay وفروعها قامت ببيع المنتجات المزيفة عبر شبكة الانترنت، ومن بين هذه المنتجات بيع عطور ديور (DIOR)، وذلك من خلال الإنتهاك لشبكة التوزيع الإنتقائي الذي أنشأته هذه الشركة.

وقد سببت هذه المبيعات المزيفة أضرار وخيمة للغير، مما دفع المحكمة إلى الحكم عن هذه الشركة بتعويضات، تتمثل هذه الأخيرة في 38,5 مليون أورو عن تلك الأضرار، وأيضا حكمت لها بـ 50,000 أورو عن كل يوم تأخير⁴.

1_ عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مزار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر . باتنة . كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012 . 2013، ص 161 و 162.

2_ يمينة بوزبوجة، المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011 . 2012، ص 168.

3_ موسى بن محمد بن حمود التميمي، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015، ص 136 و 137.

4_ cour d'appel de paris pole 05, chambre 02, n 08/12820, 03 septemre 2010.

والتعويض النقدي ينقسم إلى قسمين، قد يكون تعويضا نقديا أو غير نقديا، قد يكون التعويض نقديا إذا تضمن الحكم الصادر به إلزام مدين بدفع مبلغ محدد للدائن، وذلك بمثابة مقابل للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي، و التعويض النقدي في الوقت الحالي يعتبر من أهم أنواع التعويض، وهو الطريق الطبيعي لمحو الضرر وإصلاحه.

فالحكم بالتعويض النقدي نصت عليه أغلب التشريعات المقارنة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر التشريع العراقي، بحيث نصت **المادة 255** من القانون المدني العراقي على أنه: "ينفذ الالتزام بطريقة التعويض في الأحوال، وطبقا للأحكام التي نص عليها القانون".

أما بالنسبة للتعويض غير النقدي فهو الذي يحكم به القاضي جبرا لتعويض الضرر، فهو لا يعتبر تعويض نقدي، لأنه لا يتضمن إلزام المدين المخل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن، وكذلك لا يعتبر تعويضا عينيا لأنه لا يتضمن إلزام المدين، بأن يؤدي للدائن ذات ما التزم بأدائه.

كما تجب الإشارة أن " التعويض النقدي يعتبر تعويضا من نوع خاص، تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، فيغلب الحكم به في الضرر المعنوي دون الضرر المالي، ويتخذ شكل الحكم بمصرفات الدعوى، أو نشر الحكم الصادر في الجرائد، لإظهار حق المدعي اتجاه المدعى عليه.

إن اللجوء إلى هذه الطريقة من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى"¹.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجده أخذ بالتعويض العيني والتعويض بمقابل، وذلك حسب نص **المادة 132** منه².

1_ أشواق دهمي، الرسالة السابقة، ص 32 و 33.

2_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

المطلب الثاني: تقدير التعويض الإلكتروني.

متى توافرت شروط قيام المسؤولية المدنية، لقاضي الموضوع أن يحكم بالتعويض وفقا لسلطته المطلقة في تحديد طريقة التعويض، لأن الأصل في تقدير التعويض أن يتم بطريقة قضائية أي عن طريق القاضي، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض الذي يستحق عند تحقق شروطه كاملة، أما الاستثناء فيجوز للقاضي التدخل من خلال سلطته التقديرية في تخفيض مقدار التعويض إذا كان مبالغ فيه، أو رفعه إذا كان زهيدا لا يتطابق مع درجة الضرر¹، وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعين الآتيين، بحيث سنحدد في الفرع الأول التعويض الاتفاقي الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنحدد فيه التعويض القضائي الإلكتروني.

الفرع الأول: التعويض الاتفاقي الإلكتروني.

" هذا النوع من التعويض كثير الوقوع في نطاق المسؤولية العقدية، إذ يسوغ لأطراف العقد أن يحددوا بموجب الاتفاق ما يجب أدائه من تعويض في حالة الإخلال بالالتزام، ولا يوجد ما يمنع من ذلك قانونا².

وقد يرى المتعاقدان من خلال ظروف العقد، ومدى التزامات كل منهما المتقابلة، أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة فيما يخص الإخلال بالعقد، أنه غير عادل سواء بالنسبة إليهما معا، أو بالنسبة لكل واحد منهما، وهذا لأن المشرع يسمح ويصرح لهما بتحديد قيمة التعويض مسبقا، بما يتفق والعدالة من وجهة نظرهما المشتركة.

فاختلفت التشريعات المقارنة فيما يخص تنظيم الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)، وعلى رأسها القانون الفرنسي والقانون المصري، بحيث نجد أن القانون الفرنسي عند تنظيمه للشرط الجزائي يراعي الإحترام الكامل لإرادة الطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة 1152 من التقنين المدني الفرنسي، بنصها على أنه: " إذا اشترط في الاتفاق أن الطرف الذي يخل بالتزامه، يلتزم بأن يدفع مبلغا معيناً بصفة تعويض، فإنه لا يسمح للطرف الآخر باقتضاء مبلغ أقل أو

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 430.

2_ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د. ط، 1992، ص 191.

أكثر "، وهذا ما دفع كل من الفقه والقضاء إلى اعتبار الشرط الجزائي في حقيقته هو الشرط الجزائي¹، بمعنى يحدد من خلاله الطرفان مبلغ التعويض عن التأخير في تنفيذ البنود التي تضمنها العقد².

ففي حالة التنفيذ الجزئي، فإن القاضي لا سلطة لديه في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان، وليس على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه من خلال تنفيذ الالتزام، وإنما بإمكانه إثبات عدم التنفيذ ذاته لاقتضاء قيمة الشرط الجزائي، حتى ولو لم يلحق به أي ضرر، ما لم يكن ذلك (عدم التنفيذ) راجع إلى سبب أجنبي أو فعل الدائن.

أما في حالة ما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي تجاوزت مدى الضرر، وأراد الدائن التمسك به، فبإمكانه أن يثبت عدم التنفيذ ووجود الشرط الجزائي، أما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي نقل عن مدى الضرر، وأراد المدين التمسك به لتخفيض مسؤوليته، فبإمكانه إثبات وجود الشرط الجزائي.

أما بالنسبة للمشرع المصري نجده حرص على ربط الشرط الجزائي بفكرة التعويض بصورة كاملة في المواد من 223 . 225 من التقنين المدني المصري، بحيث تنص المادة 223 على أنه: "يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 215 إلى 220".

وأيضاً نصت المادة 224 من التقنين المدني المصري على أنه: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

1_ محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، د.ط، مصر (الاسكندرية)، د.س.ن، ص 303.

2_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 89.

أما بالنسبة للمادة 225 من التقنين المدني المصري نصت على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم".

وعليه فإن فكرة الشرط الجزافي هو تأكيد أن جبر الضرر، لا يشترط التعويض الكامل بصورة حتمية، وأن التعويض العادل يكفي لجبر الضرر الناتج عن الخطأ اليسير، فالشرط الجزافي قد يقل في بعض الفروض عن مدى الضرر، وبالتالي عن التعويض الكامل، ومع ذلك فلا يجوز للدائن أن يطالب بزيادة التعويض الاتفاقي إلى مستوى التعويض الكامل، طالما أن المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم¹.

إن معظم الباحثين في القانون غالباً ما يحصرون نطاق (مجال) التعويض في مجال المسؤولية المدنية التعاقدية، بحيث يعتبر التعويض الاتفاقي اتفاق بين المتعاقدين على تقديره، وذلك في حالة إخلال أحد الطرفين (المدين) بعدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه في العقد، أو التأخر في تنفيذه.

"فالتعويض الاتفاقي في كافة أنواع العقود يدرج لضمان تنفيذها، فهو يخضع لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره اتفاقاً بين الطرفين، وتسري عليه أحكام العقود من حيث شروطه وآثاره، وبوجه خاص من حيث اعتبار العقد شريعة المتعاقدين، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يرد التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية، كما لو حدد المتعاقدان مقدماً مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد، أو اتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر، الذي يلحق بهم من جراء نشاط المصنع وضوضاء الآلات".

عرف المشرع الفرنسي التعويض في المادتين 1226 و 1229 من القانون المدني الفرنسي، بحيث عرفته المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "ضمان تنفيذ التزام معين بالزام المتعهد بشيء ما، يتعين عليه أدائه في حالة عدم التنفيذ".

1_ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 304 و 305.

وعرفته أيضا المادة 1229 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "التعويض للضرر الذي لحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي".

نلاحظ من خلال التعريفان السابقان أنهما وضحا قليلا من جوهر وطبيعة التعويض الاتفاقي، وهذا ما دفع شراح القانون في مصر بإيجاد تعريفا آخر للتعويض الاتفاقي يوضح جوهر وطبيعة هذا الأخير، واعتبروه على أنه: "هو اتفاق يتعهد به المدين بدفع مبلغ من مال معين، في حالة عدم قيامه بتنفيذ ما تعهد به أو تأخر في تنفيذه، ويكون هذا التعيين تحديدا مقطوعا مسبقا للتعويض"¹.

فالتقدير الاتفاقي يمنح الأطراف المتعاقدة الحرية في اختيار تحديد المبلغ المتفق عليه وفقا لتقديرهم المطلق، ولهم أيضا أن يحددوا مبلغ التعويض في حالة عدم تنفيذ العقد كليا، وبإمكانهم أيضا تحديد وتعيين غرامة إكراهية التي تلزم المدين على تنفيذ التزامه.

والتقدير الاتفاقي (البند الجزافي) يشمل أو يقتصر على ثلاثة حالات، تتمثل الحالة الأولى في تحديد مبلغ التعويض عن التأخير في تنفيذ موجبات العقد، أما الحالة الثانية تتمثل في تحديد مبلغ التعويض في حالة عدم تنفيذ العقد كليا، أما بالنسبة للحالة الثالثة والأخيرة فتتمثل في تحديد الغرامة الإكراهية، بهدف الزام المدين على تنفيذ الالتزام، غير أن هذه الحالة الأخيرة يمكن للقاضي تعديلها وتحديدها بصفة نهائية، وذلك حسب الضرر الذي لحق بالمتضرر².

والشرط الجزافي نوعان: شرط واقف وشرط فاسخ، يعرف الشرط الواقف على أنه: "هو الذي يعلق وجود الالتزام على تحققه"، أو بمعنى آخر: "هو الأمر الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام"، ومثاله: "أن يعلق الواهب هبته لإبنيه على شرط أن يتزوج"، إن الزواج في هذه الحالة يعتبر شرط واقف، فإذا تزوج الابن فعلا وجب على الأب تنفيذ التزامه في الهبة، أما إذا لم يتحقق الشرط بعدم زواج الإبن، ليس على الأب تنفيذ التزامه بالهبة.

1_ حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوصفي)، دار الفكر الجامعي، مصر (الاسكندرية)، د.ط، 2006، ص 25 - 27.

2_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 89 . 93.

" فالشرط الواقف هو عبارة عن وصف وعنصر عرضي يضاف إلى الالتزام المستكمل بكافة العناصر التي اشترطها القانون، فالشرط على هذا المعنى مصدره الإرادة، فهو يختلف عن الشروط القانونية التي يتطلبها القانون لنشوء الالتزام، إذ الأول له أثر رجعي، بمعنى أنه إذا تحقق استند أثره إلى وقت انعقاد التصرف، أما الثاني فالأصل فيه أنه ليس له أثر رجعي فلا تترتب آثاره إلا من وقت استكمالها.

أما بالنسبة للشرط الفاسخ فيعرف بأنه: "الأمر الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام"، أو بمعنى آخر: " هو شرط يعلق زوال الالتزام على وجوده وتحققه"، ومثال ذلك: " أن يتنازل الدائن عن بعض الأموال، وذلك بشرط أن يقوم المدين بدفع الأقساط المتبقية في ميعادها، وبالتالي يتحقق الشرط الفاسخ ويتنازل الدائن عن بعض دينه الذي وجد، وعلق زواله بشرط متمثل في تأخر المدين في دفع الأقساط في ميعادها.

وبالتالي كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف، سواء كان ذلك في الالتزام أو في الحق العيني"¹.

الفرع الثاني: التعويض القضائي الإلكتروني.

التعويض ممكن أن يكون مستحقا مقابل التأخير في التنفيذ، أو مقابل عدم التنفيذ، ومن الممكن أيضا أن يكون التعويض في كلتا الحالتين جابرا كل ضرر أصاب الدائن، بحيث يشمل كذلك ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

وبالرجوع إلى نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري، نجدها نصت صراحة في فقرتها الأولى على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول ".

1_ حسنى محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 19 و 20.

يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن عناصر التعويض القضائي تقتصر على ما لحق الدائن من خسارة وما ضاع عليه من كسب، ومثال ذلك إذا لم يتم شخص بتسليم التاجر البضاعة التي طلبها ودفع ثمنها، استحق التاجر المشتري تعويضا يمثل ما لحقه من خسارة، وهو قيمة هذه البضاعة وما فاته من كسب، وهو الربح الذي كان سيحصل عليه عند إعادة بيعها¹.

إن المشرع المصري نص صراحة على التعويض في المادة 1/221 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض:

1- ما لحق الدائن من خسارة.

2- وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول².

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن القاضي يقوم بتقدير التعويض بالنظر إلى الخسارة اللاحقة من جهة، والكسب الفائت من جهة أخرى، ففيما يخص ما لحق الدائن من خسارة، نلاحظ أن مفهوم الخسارة يدخل في مجال تفويت صفقة تجارية توهم الدائن على أنها رابحة وفقا لأسباب معقولة، وأهم مثال على ذلك لو تعهد ناقل بأن ينقل شخص إلى مكان ما للإشتراك في مزيدة لإبرام صفقة تجارية، ونتيجة لعدم تنفيذ الناقل لتعهدة أو التأخر في تنفيذه، ترتب حرمان الراكب من الإشتراك في المزيدة، فيكون ذلك قد تضرر بسبب ما لحقه من خسارة نتيجة مصاريف النقل، وكذا ما أنفقه على إجراءات الإشتراك في المزيدة، وما كان يتوقعه من ربح إذا رست هذه المزيدة عليه³.

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) أحكام الالتزام . دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر (عين مليلة)، 2010، ص 60.

2_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 455.

3_ أشواق دهيمي، الرسالة السابقة، ص 08 و 09.

وبالتالي ينصب تقدير التعويض على الضرر اللاحق بالمتضرر وما لحقه من خسارة¹، فالقاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، ويحدد ويقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب، وذلك شريطة أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، وهذا ما حددته أيضا المادة 266 من القانون المدني الأردني بنصها على أنه: " يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

وعليه نلاحظ " أن التعويض عن إساءة استعمال السر التجاري أو الصناعي، سيكون عما لحق المدعي أو مالك السر من خسائر نتيجة إساءة استعمال السر وما فاته من كسب، ويقاس في ذلك على أساس ما حققه المدعى عليه من ربح نتيجة استعمال هذا السر².

بحيث هناك ملف رقم 202312 قرار بتاريخ 15/09/1999 (المادة 2/44) من الأمر رقم 73 - 14 المؤرخ في 03/04/1973 المتعلق بحق المؤلف، من المقرر قانوناً أن " يجب أن يكون عقد النشر مكتوباً.....".

"والمستفاد من القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن الرامية إلى الحكم له بالتعويض الناجم عن التأخير والتماطل في نشر كتابه(دراسات في التربية الإسلامية)، وذلك لعدم وجود عقد نشر مكتوب بين الطرفين كما يشترطه القانون، لتحديد مدى مسؤولية الناشر"³.

وعليه يتقرر التعويض القضائي إما لعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره في تنفيذه فقط، وفي جميع الأحوال نجد أن القاضي يراعي في التعويض عنصر الخسارة اللاحقة بالمضرور، وعنصر الكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه كما وضعنا سابقاً، لأن كل هذا يمثل حقيقة الضرر الذي لحق بالدائن، والتعويض هنا يكون إما نقدياً وهذا ما يغلب الحكم به من

1_ ناصر رانيا، تقدير التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران 2 أحمد بن أحمد . كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر (وهران)، 2014 . 2015، ص 05.

2_ قايد حفيظة، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال، المجلة المصرية للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015، ص 136 و 137.

3_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 02/2000، سنة 2000.

الناحية الواقعية، وإما يكون عينيا ومثال ذلك كإزالة ما أتاه المسؤول إخلالا بالالتزام الواقع عليه، أو التزام المسؤول بإصلاح ما أتلفه بخطئه.

أما فيما يخص التعويض النقدي، إما يدفع جملة واحدة أو على أقساط، أو في شكل إيراد مرتب مدى الحياة للدائن مثلا، أو إلى بلوغه سن الرشد كأن يكون المتضرر قاصرا¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 265 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، نجدها نصت على أنه: "إذا كان موضوع الموجب مبلغا من النقود، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني، ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو في القانون"، كما أضافت هذه المادة إلى أنه: "إذا كان المدين سيء النية جاز أن يعطي الدائن عوضا إضافيا، إذا كان تصرف المدين قد ألحق الضرر به".

بحيث يعتبر المدين سيء النية عندما يتخلف دون عذر عن إنفاذ موجبه، أو قصد من تصرفه الإساءة إلى مصالح الدائن، ومثال ذلك إذا كان شخصا مدينا بمبلغ من المال للتاجر، وكان هذا الأخير على شفير الإفلاس وقد تعمد المدين عدم الدفع، ما يترتب عليه من دين للتاجر، وهو مطلع على وضعه اعتبر سيء النية، وإن لم يقصد المساهمة في دفع وضعه نحو حالة الإفلاس فبالأحرى إذا قصد ذلك، عندها يترتب القاضي عوضا إضافيا عليه اتجاه التاجر يوازي الضرر المادي و الأدبي الذي لحق به.

وما يمكن استخلاصه مما سبق الذكر، أن في حالة غياب التعويض الاتفاقي أو التعويض القضائي، يقوم القاضي بتحديد التعويض عن التأخر أو عدم التنفيذ والضرر اللاحق بالدائن، ويجب أن يكون التعويض متوازي ومتناسب مع الأضرار اللاحقة وكذا الربح الفائت، إضافة إلى الأضرار غير المباشرة بشرط أن تقوم صلة السببية بينهما وبين عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، وينظر كذلك القاضي للأضرار الأدبية والمعنوية، وذلك إذا كان تقدير قيمتها بالنقود ممكنا على وجه معقول كأصل عام، أما الاستثناء فإنه ينظر إلى الأضرار المستقبلية إذا كان وقوعها مؤكدا، وبإمكان القاضي في هذه الحالة تحديد وتقدير قيمتها الحقيقية مسبقا.

1_ عبد الرزاق دريال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر (عنابة)، 2004، ص 15 و 16.

وعليه فإن التعويض عن الضرر الذي مس الدائن المتضرر من قبل عدم التنفيذ أو التأخر فيه، يترتب أضراراً متعددة ومتنوعة مادية مباشرة أو غير مباشرة، وأيضاً أضراراً أدبية ومستقبلية، شريطة التأكد من وقوعها خلال توافر وسائل تؤكد ارتباطها سببياً بعدم التنفيذ أو التأخر فيه، أي يجب أن تكون ثابتة وخاضعة للتقدير النقدي ومرتبطة سببياً بعدم التنفيذ¹.

كما تجب الإشارة أيضاً على أنه إذا تأكدت المحكمة من توافر عناصر الخطأ والضرر وقيام علاقة السببية بينهما لها أن تحكم بالتعويض، غير أنه يمكن للطرفان أن يتفقا إما على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها أو تشديدها، فإذا كان هذا الإتفاق غير مخالف للقانون أو النظام العام والآداب، فإنه يعتبر شرط صحيح ملزم على كل من الطرفين، باعتبار أن العقد هو شريعة المتعاقدين.

وبالرجوع إلى القانون المدني الأردني نجده نص صراحة في المادة 213 منه على أنه: "الأصل في العقود رضا المتعاقدين وما التزماء في التعاقد"، يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن الأصل ليس مطلقاً وإنما مقيداً، لأنه إذا كان الشرط مخالف للنظام العام أو الآداب العامة اعتبر ملغياً، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 2/164 منه على أنه: "كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير، ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة، وإلا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً".

وكذا الأمر إذا كان الشرط مخالف للقانون، كما جاء في مضمون نص المادة 270 من القانون المدني الأردني على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار"، وأيضاً ما نصت عليه المادة 790 منه: "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المفاوض أو المهندس من الضمان أو الحد منه"، ففي هذه الحالة لا يمكن لكل من المتعاقدين إدراج أو إضافة أي شرط مخالف للقانون، وإذا ورد شرط مخالف للقانون في العقد يعتبر هذا الشرط باطلاً.

وكذلك لا يمكن أن يعتد بشرط عدم المسؤولية عن الأضرار، إذا كان الضرر الناجم سواء عن الغش أو التعمد في إخفاء عيب ما، وهذا ما نصت عليه المادة 4/514 من القانون

1_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 89 . 93.

المدني الأردني على أنه: " لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية ... إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب، أو كان المشتري بحالة تمنعه من الإطلاع على العيب ".¹

ونصت أيضا المادة **2/934** منه على أنه: " ولا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً، ولو اتفق على غير ذلك"، وأيضاً نصت المادة **2/358** منه على أنه وفي كل الأحوال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم¹.

وبهذا نجد أن التشريعات المقارنة اتفقت على أن يشمل التعويض كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، إضافة إلى ذلك تعويض الضرر الأدبي لأن التعويض يقتصر فقط على الضرر المباشر².

كما تجب الإشارة أن التعويض في مجال المسؤولية التعاقدية الالكترونية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع فقط، أما في حالة توافر الغش والخطأ الجسيم يقتصر على الضرر المباشر غير المتوقع، ونجد الضرر المباشر المتوقع يقاس بالمعيار الموضوعي دون المعيار الشخصي، ويقصد بذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه المدين.

بينما في الأصل يعتبر تقدير التعويض من مسائل الواقع، لأن قاضي الموضوع هو الذي يستقل بها دون رقابة من محكمة النقض عليه، غير أن استقلال قاضي الموضوع بتقدير وتحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض، تعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وقضاء الحكم بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصر الضرر³.

1_ كميت طالب بغدادي، المرجع السابق، ص 40 و 41.

2_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 343.

3_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 456.

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية.

بعد الدراسة والبحث عن الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه، لتوفير الحماية الكافية للمتعاملين بوسائل الاتصال الحديثة (الانترنت)، توصلنا إلى نتيجة عدم كفاية قواعد المسؤولية التعاقدية لتوفير هذه الحماية بشكل كامل، هذا ما دفع إلى التوجه للبحث في قواعد المسؤولية التقصيرية، وما تشمله من قواعد لتوفير هذه الحماية¹.

وتشمل المسؤولية التقصيرية الإلكترونية المسؤولية عن الفعل الشخصي، والتي يقصد بها مسؤولية الشخص عن كل فعل ارتكبه وأحدث ضررا بالغير، وتشمل أيضا المسؤولية عن فعل الغير، التي يقصد بها كل فعل يصدر من قبل الغير ويحدث هذا الفعل ضررا، وأخيرا تشمل أيضا المسؤولية عن فعل الشيء، والتي نعني بها أن الشخص يكون مسؤولا عن الأضرار التي تنتجها الأشياء التي هي تحت حراسته.

وهذا ما يدفعنا في دراستنا هذه إلى البحث في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن الفعل الشخصي في المبحث الأول، ومن ثم التطرق إلى المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء في المبحث الثاني.

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن الفعل الشخصي.

" يذهب القضاء الفرنسي بوجه عام إلى أن مسؤولية كل محترف عن أعماله المهنية التي يقوم بها تبقى شخصية، وأن كل شريك يسأل في مجموع ذمته المالية عن أعماله المهنية التي يقوم بها"²، فكل مسؤول فقط عن فعله، وكل مسؤول فقط عن خطئه³.

نقصد بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بأنها: " تلك التي ترجع إلى فعل شخصي، أو بعبارة أخرى فعل يصدر عن أحدث الضرر، متضمنا تدخله مباشرة في إحداثه

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 155.

2_ محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، د.س.ن، الجزائر، ص 35.

3_ Ying JIANG, Etude comparée de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en France et en Chine, thèse pour l'obtention du diplôme de doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 12 juillet 2010, Paris, p 207.

دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، حيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول شخصياً".

وكأصل عام المسؤولية عن الفعل الشخصي، هي مسؤولية الشخص عن أفعاله التي ألحقت أضراراً بالأشخاص الآخرين، وبالرجوع إلى كل من التشريع الأردني والمصري نجد أن كل منهما أورد أحكاماً تفصيلية عن المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي.

إن المشرع الأردني نظم أحكام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في المواد من 256 إلى 287 من القانون المدني الأردني، أما فيما يخص المشرع المصري أيضاً نظم أحكامها في المواد من 163 إلى 172 من القانون المدني المصري، بينما المشرع الفرنسي نجده اقتصر فقط على إيراد مادتين اثنتين فقط في هذا المجال، وذلك في المادتين (1382 - 1383) من القانون المدني الفرنسي.

وعليه يتضح لنا من خلال ما سبق ذكره أن أغلب الفقهاء اتفقوا على أن تكون هناك أركاناً ثلاثة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، والمتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية¹، فالمسؤولية عن الفعل الشخصي تتوافق بشكل مباشر وأكثر تحديداً مع التحليل المنطقي للعناصر الثلاثة المتمثلة في الخطأ، الضرر وعلاقة السببية حسب نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي²، وعلى هذا الأساس سنحدد في المطلب الأول الخطأ التقصيري الإلكتروني، أما في المطلب الثاني سنحدد الضرر التقصيري الإلكتروني وعلاقة السببية.

المطلب الأول : الخطأ التقصيري الإلكتروني.

بما أن المسؤولية التقصيرية هي: "التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون، وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرور، ومثال ذلك أن يتلف شخص ما مالا للغير".

1_ عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية (المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط01، الأردن (عمان)، 2009، ص 67 و68.

2_ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, les obligations (2. le fait juridique), ARMAND COLIN Cinquième édition, France (paris), p 88.

إن التشريع المدني الجزائري نهج نفس نهج التشريع الفرنسي والمصري، واعتبر أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ، وهذا ما تبين من خلال نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، بحيث نصت على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"¹، وأيضا نجد كل من التشريع الفرنسي والتشريع المصري أوردا في النصوص القانونية كلمة الخطأ، مما يؤكد أن الإرادة التشريعية إعتقت النظرية الشخصية².

وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة تعريف الخطأ التقصيري الالكتروني في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنحدد فيه صورته.

الفرع الأول: تعريف الخطأ التقصيري الالكتروني.

لقد اختلف العديد من الفقهاء في تحديد تعريف الخطأ، مما أدى إلى ظهور عدة آراء نتيجة لهذا الاختلاف الكبير، ومن أشهر وأهم هذه التعريفات نجد تعريف الفقيه بلانيول الذي يعرف الخطأ على أنه: "إخلال بالتزام قانوني سابق"، إلا أن هذا التعريف تم الاعتراض عليه من خلال كيفية معرفة الالتزام السابق، مما دفع الفقيه بلانيول يرجع هذه الالتزامات إلى أربعة أنواع أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون، وفي عدا الاستثناءات الآتية..."، وبعد ذلك نصت المواد من 309 إلى 312 من القانون المدني الجزائري التي نصت على حالات التقادم الخاصة³.

وهناك من عرفه بأنه: "الإخلال بالتزام قانوني سابق سواء كان هذا الإخلال عمديا أو غير عمديا"، نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المسؤولية تقوم استنادا على حدوث الخطأ الذي

1_ الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات . مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية . الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر (عين مليلة)، 2011، ص 16 و 27.

3_ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر (الاسكندرية)، 2015، ص 41 و 42.

يسبب ضرراً للغير¹، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية يتطلب إذن أن يكون سلوك أحد الأطراف قد نتج عنه خطأ، سبب ضرراً للطرف الآخر².

إن التشريع الفرنسي لم يختلف فقهاؤه في أي شيء، بقدر ما اختلفوا في تحديد مفهوم الخطأ، فبعض الفقهاء نجدهم أخذوا بالمذهب الذي يضيق من دائرة الخطأ، وهذا ما يجد من قيام المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض، بينما أخذ البعض الآخر من الفقهاء بالمذهب الذي يوسع من دائرة تعريف الخطأ، وذلك من أجل تسهيل قيام المسؤولية وتسيير التعويض للمضرورين على ما أصابهم من ضرر، أما منذ أواخر القرن التاسع عشر ذهب فريق من الفقهاء إلى حد المناداة بالإستغناء عن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، واستبدال فكرة تحمل التبعة به كقاعدة عامة.

في القديم عرف الخطأ على أنه: " العمل الضار غير المشروع "، وعرفه أيضا ليفي على أنه: " الإخلال بالثقة المشروعة "، وعرفه ديموج بأنه: " اعتداء على حق يدرك المعتدي، فيه جانب الاعتداء "، وعرفه جوسران على أنه: " الإضرار بحق دون أن يكون في وسع المعتدي أن يعارضه بحق أقوى منه أو مماثل له "، وعرفه سافاتيه على أنه: " الإخلال بواجب مع تبين هذا الإخلال ".

أما حديثاً فلقد عرف الخطأ بأنه: " الإخلال بالالتزام القانوني العام، بعدم الإضرار بالغير"³.

وبما أن الخطأ التقصيري في المسؤولية المدنية هو الإخلال بالتزام قانوني أو إخلال الشخص بالتزام اليقظة والتبصر في سلوكه حتى لا يضر بالغير، فإنه يعتبر التزاما ببذل غاية، ما يقصد به الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك هذا الإنحراف، وبالتالي نكون أمام خطأ تقصيري عندما يخالف الشخص أي واجب كان مفروض عليه قانوناً، لأن هذه

1_رياض عيسى، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة (دراسة مقارنة مع الجزائر)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 1993/02، الجزائر (بن عكنون)، ص 417.

2_Vernon PALMER, trois principes de la responsabilité sans faute (*), Revue internationale de droit comparé, n 04 octobre-décembre, 1987, France (paris), p 828.

3_عايد رجا الخليلية، المرجع السابق، ص 71.

المخالفة تشكل اعتداء على حق الغير أو على حق من الحقوق العامة، ونكون أيضا أمام خطأ تقصيري إلكتروني إذا تم بثه من خلال معلومات خاطئة أو غير مشروعة أو كاذبة عبر شبكة الانترنت.

إن القاعدة العامة بخصوص الخطأ التقصيري الإلكتروني تقضي على أنه: " إن كل خطأ سبب ضررا للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وهذا ما يدفع إلى قيام المسؤولية عن كل عمل غير مطابق للسلوك المنتظر من أي شخص.

ومن مثل هذا السلوك أن يقوم شخص بالدخول إلى بنوك المعلومات المنشأة بقصد تخزين وحفظ المعلومات على قواعد البيانات على أجهزة الكمبيوتر (الحاسب الآلي)، وأن هذه المعلومات لا يمكن الإطلاع عليها إلا وفقا لإجراءات معينة ومحددة.

وهناك من يرى أنه في حالة قيام أي موظف بمؤسسة ما بزراعة فيروس في النظام المعلوماتي للمؤسسة، من أجل استخدامه في نقل نسخ كاملة من برامج الشركة المنافسة إلى حسابه، يمكن اعتبار الموظف هنا مسؤولا نتيجة خطأه هذا عن تعويض المؤسسة، عما أصابها من خسارة وعما فاتتها من كسب نتيجة قيامه بنسخ برامجها قبل أن يحصل على تصريح منها، لأن كل هذه البرامج تتمتع بالحماية من خلال قانون حقوق المؤلف¹.

أما بالنسبة للمشرع اللبناني نجده أخذ بالمادة **1382** من القانون المدني الفرنسي، واعتبرها نموذجا لتحديد المسؤولية التقصيرية، بحيث نصت على أنه: " كل فعل يصدر عن الإنسان محدثا الضرر للغير، يلزم بالتعويض من تسبب به بخطأه".

وتوصل الفقه اللبناني إلى تعريف الخطأ على أنه: " خروج شخص في سلوكه وتصرفاته عن النطاق الذي رسمه القانون، أو الذي يلتزمه الرجل المتوسط شعورا وتبصرا في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها هذا الشخص".

وعرفه أيضا جورج سيوفي وميز بين نوعين من الخطأ، النوع الأول من الخطأ هو كل ما يخالف الأحكام القانونية الآمرة أو الناهية والمبادئ العامة المتعلقة بالنظام في المجتمع، أما

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 140 و 141.

النوع الثاني من الخطأ هو كل ما يخالف مبدأ عام يفرض الإمتناع عن الإضرار بالغير والإحتراز وعدم الإهمال، حتى لا يلحق ضرر بالغير.

وعرفه أيضا **عاطف النقيب** على أنه: " أن العمل غير مشروع يشمل كل عمل يؤلف إخلالا بالقواعد التي تنظم لزاما السلوك المألوف للإنسان في مجتمعه، من أجل استقرار تعايشه مع غيره دون خلل يحدث به الضرر عن المحق، فإذا خرج هذا السلوك اعتبر مخطئا، ويضيف بأن الخطأ يشكل إخلالا بالالتزام أو واجب لا يسع المرء الخروج عنه ".¹

بينما نجد **أدمون نعيم** أكد على أن الخطأ: " إما الفعل الذي يحدث ضررا للغير خارج إطار ممارسة حق بصورة طبيعية أو قوة قاهرة، وإما عدم الالتزام الإرادي أو العرضي بموجب قانوني مكرس بنص، أو بإتفاق الطرفين نتيجة لإهمال أو عدم تبصر.

وأيضا عرفه **السنهوري** في مصر على أنه: " هو إنحراف في السلوك، وهو تعدي من شخص في تصرفه مجاوزا فيه الحدود التي يجب عليه الالتزام بها في سلوكه، ويكون هذا الخطأ قصدي أو غير قصدي"¹.

فالخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية الالكترونية هو الإخلال بالالتزام قانوني، ويعتبر دائما التزاما ببذل عناية كما وضحنا سابقا، وذلك من اصطناع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر لتقادي الإضرار بالغير، فإذا كان هذا الشخص المصطنع قد إنحرف عن هذا السلوك الواجب عليه، في حين كان يتمتع بالقدرة الكاملة على التمييز والإدراك، بحيث أنه يدرك على إنحراف سلوكه، فإنه يدفع إلى قيام المسؤولية التقصيرية الالكترونية.

أما فيما يتعلق بالتشريع الفرنسي، فهناك خلافا آخر حول تحديد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية عن الأفعال الشخصية، وذلك فيما يخص المعيار المعتمد حول مفهوم الخطأ، هل يرجع إلى المعيار الموضوعي أم الشخصي دون الوقوع في جدل أو إنتقادات، وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أن فكرة الخطأ الموضوعي قد استقرت فيه، وذلك بهدف المضرورين².

1_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 242 - 245.

2_ عايد رجا الخاليلة، المرجع السابق، ص 72.

والتكليف القانوني للخطأ يعتمد على المسؤولية المالية للعامل، بأن يفني من ماله نتيجة خطأه الشخصي¹.

الفرع الثاني: صور الخطأ التقصيري الإلكتروني.

هناك صور مختلفة ومتعددة للخطأ التقصيري الإلكتروني، وعلى هذا الأساس نجد أن الخطأ التقصيري الإلكتروني يقوم نتيجة لزراعة فيروس الحاسب الآلي، وذلك بهدف إختراق النظام المعلوماتي لبنك ما، من أجل تحويل مبالغ مالية معينة من حسابات العملاء إلى حسابه الخاص، وقد يكون هذا الخطأ التقصيري الإلكتروني ناتج عن شخص واحد، أو يكون ناتج من عدة أشخاص، ومن بين هؤلاء الأشخاص مستخدم الإنترنت أو مزود الخدمة أو الغير.

وما تجب الإشارة إليه أن مستخدم الإنترنت لا يقتصر دوره فقط في مجرد تلقي المعلومة أو بإعتباره مستهلكا معلوماتيا، وإنما قد يكون إما منتجا أو مراسلا لها، دون أن يشترط فيه أن يكون مهنيا ومتخصصا في إنتاج معلومة ما أو إرسالها، وبالتالي يعتبر منتج المعلومة حتى ولو إنحصر دوره على مجرد معالجة المعلومات التي تلقاها على الإنترنت، وإعادة بثها مرة أخرى، ونجده بدوره هذا يمكن أن يسأل عن المعلومات التي بثها عبر شبكة الإنترنت².

بالرجوع إلى التشريع المغربي نجده نص صراحة على الحالة التي يتعمد فيها الشخص بالقيام بفعل ما يسبب ضررا للغير (أي الخطأ العمد)، كما أنه أشار في المادة 78 من قانون الالتزامات والعقود إلى الخطأ غير العمد، ومن ثم نجد أن المشرع المغربي يعتبر أن كل شخص يكون مسؤول عن كل فعل مهما كان نتج عنه وسبب ضررا للطرف الآخر، وقيام المسؤولية في هذه الحالة تكون على أساس الخطأ الواجب الإثبات، لأن الخطأ ليس مفترض، وإنما على الدائن إثباته مع العناصر الأخرى التي تؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية التقصيرية.

إن هذا الخطأ يقتصر على ركنين أساسيين حسب التشريع المغربي، يقتصر الركن الأول على الخطأ المادي، أما الركن الثاني فيقتصر على الخطأ المعنوي.

1_ Jacques ROBERT et Jean-Marie AUBY et Thérèse PINET, Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger, librairie générale de droit et de jurisprudence, France (paris), p 1526.

2_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 141 و 142.

إن الركن المادي للخطأ يقتصر أساساً على التعدي، والذي يقصد به: "الإخلال بالتزام قانوني عام، سواء كان هذا الالتزام محددًا بنص أم لم يكن كذلك، كما يتمثل التعدي بالإحرف عن السلوك المعتاد"، وذلك من خلال قياس الإحرف بالمعيار الموضوعي، ومقارنته مع سلوك الرجل العادي.

أما الركن المعنوي للخطأ فهو يقتصر على التمييز والإدراك، لأن الشخص غير المدرك لأفعاله لا يمكن توقع صدور خطأ منه، ومناطق الخطأ هو التمييز، هذا ما يجعل مناطق المسؤولية التقصيرية تقوم بقيامه وتنعدم بإنعدامه.

إن المشرع الأردني تأثر بالفقه الإسلامي، وأخذ منه تعبير الفعل الضار أو الإضرار، للتعبير عما ينضوي تحت نطاق المسؤولية التقصيرية، حيث نصت المادة 256 من القانون المدني الأردني على أنه: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بالضمان"، فالمشرع الأردني أخذ بالإتجاه الموضوعي الذي يشير إلى الفعل وليس فاعله، وبالتالي فإن المسؤولية المدنية التقصيرية بنيت على النظرية الموضوعية، لأنها لا تقوم على الخطأ كأساس لها، وإنما اكتفت بتحديد المقصود بالأضرار الذي اعتبرته تعدياً¹.

وفي الأخير تجب الملاحظة على أنه قد شيدت أحكام المسؤولية في القوانين المقارنة كما سبق القول، غير أنه لا يكفي وحده لقيام المسؤولية رغم أنه أحد أركانها، ونلاحظ أيضاً من خلال نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري أنه يجب أن يحدث أو ينتج ضرر نتيجة للخطأ، وأن تقوم علاقة السببية بين الضرر والخطأ²، وهذا ما سنحاول دراسته في الفرع الثاني.

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 156 - 158.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 29.

المطلب الثاني: الضرر التقصيري وعلاقة السببية الالكترونيين.

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية الالكترونية، وهذه الأخيرة لا تقوم إذا انتفى ركن الضرر، لأن الهدف المرجو هو إزالة الضرر¹.

من حيث المبدأ، فإن المسؤولية المدنية التقصيرية تقتض وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر²، وبهذا سنعالج الضرر التقصيري الإلكتروني في الفرع الأول، وعلاقة السببية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الضرر التقصيري الإلكتروني.

وبما أن المسؤولية المدنية التقصيرية تقوم على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر، فإن الضرر يقصد به بصفة عامة الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لا، وبالتالي فهو بمثابة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به³.

ويعرف الضرر الإلكتروني أيضا على أنه: " هو الذي يتوافر في الصورة التي يتعدى فيها المجرم المعلوماتي على النظام المعلوماتي للغير، بقصد نقل المعلومات المعالجة إلكترونياً، وأن الشخص قد يصبه ضرر جراء نشر صورة مخلة، أو تناول سمعته وشرفه أو عرضه بما يسيء إليه، و ذلك عبر الإنترنت".

والضرر قد ينجم من جراء تدمير الثروة المعلوماتية في البرامج وقواعد المعلومات، وما يترتب عليه من أضرار وخيمة مست جميع المشاريع والإنتاج والأجهزة والخدمات، بل وأضرار جسدية وأدبية نتيجة حدوث إصابات أو وفيات بسبب حوادث الطائرات والآلات التي تعمل بالحاسب، وقد يحدث ضرراً أيضاً عند قيام الشخص بتقديم سوفت وير "software" من النوع

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات . مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية . الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 77.

2_ Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, op.cit, p 153.

3_ فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 30 / 09 / 2012، ص 265.

الشائع، وعدم قدرة هذا النوع الشائع على تقديم النتيجة المنصوص عليها، لأن سوفت وير مختص بالترجمة الأوتوماتيكية، وهي تجعل مستخدم يقدم نصا خاطئا للآخرين، في حين يعتقد هؤلاء أن بإمكانهم الاعتماد على تلك الترجمة.

الضرر المادي هو "ما يصيب الشخص في جسمه أو مصلحة مالية للمضروب، كأن يؤدي إلى ضياع مكسب عليه أو تحقيقه خسارة له"، لأن كل إنسان له الحق في سلامة الحياة وجسمه وشرفه وسمعته، وبالتالي فإن أي مساس أو تعدي على أحد هذه الحقوق يلحق ضرر بالطرف الآخر، مما يؤدي إلى ضياع مكسب أو إلحاقه بخسارة، لأن نشر أي معلومة خلال شبكة الاتصال الحديثة (الإنترنت)، يعتبر إعتداء على حق الطرف المتضرر الذي أصيبت مصلحة المالية بأضرار¹.

وعلى هذا الأساس فإن الضرر التقصيري الالكتروني نوعان: قد يكون ضررا ماديا إلكترونيا، وقد يكون ضررا أدبيا إلكترونيا.

فالضرر المادي الإلكتروني يمكن تعريفه على أنه الإخلال بمصلحة للمضروب، وتشتت أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة مالية، كما يشترط في الضرر أن يكون محققا، فلا يكفي أن يكون محتملا، لأن الضرر الإحتمالي هو الضرر الذي لم يقع بعد، فهو إحتمالي وفي نفس الوقت لا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلا، وبالتالي لا تقوم عليه المسؤولية المدنية، وإنما لا بد من الإنتظار حتى يصبح هذا الإحتمال واقعا بالفعل، وفي هذه الحالة وجب التعويض عنه².

ويتضح ذلك من خلال وجود فيروس بأغراضه التدميرية المختلفة بجهاز الكمبيوتر، وما يترتب عنه من أضرار مادية تتمثل في الخسارة التي تلحق المضروب وما فاتته من كسب، وأيضا الأضرار المستقبلية طالما كانت مؤكدة، لأن هناك بعض الفيروسات التي مع مرور الوقت تنتشر وتتفاقم آثارها، وأهم مثال عن الضرر الناجم عن تفويت الفرصة مثل عرقلة المشروع عن الإشتراك في مسابقة إنتاج أو معرض معين.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 145 و 146.

2_ سقاش ساسي، المسؤولية المهنية للمهنيين القانونيين (المحضر القضائي) دراسة حالة، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 09، 2010، ص 222.

أما بالنسبة للضرر الأدبي فإن صورته هي أيضا متعددة ومتنوعة، وهذا ما نجده في حالة إنتهاك السرية المعلوماتية، والبيانات الشخصية، وحرمة الحياة الخاصة عبر نظم التجسس الإلكتروني، وإختراق أجهزة الحاسب وبرامجها، وقواعد المعلومات، وفقد ثقة العملاء في البنك الذي تم اختراق الأنظمة الآلية، والمساس بسمعة المنتج وقوته التنافسية، بسبب إصابة أجهزته ومنتجاته وتعييبها.

ومثاله أيضا الأضرار الناجمة عن البث الفضائي للبرامج التي تتضمن مساسا بأمن وكرامة الأفراد والقيم السائدة لديهم، وما قد تتطوي عليه من إهانات وتجريح لحرمة وخصوصية الآخرين، عبر ما تحمله من أساليب دعائية مفرضة، أو عرض الوقائع الكاذبة والأنباء المحرفة¹.

نلاحظ من خلال ما سبق أن الأضرار الناجمة عن شبكة الإنترنت كثيرة ومتنوعة، قد تكون ناتجة عن نشر معلومة خاطئة أو ناقصة أو غير مشروعة أو كاذبة، وقد تنتج أيضا عن نشر معلومة صحيحة ولكن قد لا يكون هناك أي حق لنشرها، وليس هناك أيضا تصريح مسبق بذلك ممن تتعلق به المعلومة.

وعليه فإن المسؤولية المدنية التقصيرية لا تقوم إلا إذا كانت هناك معلومات قد تم نشرها فعلا ، أما بالنسبة للمعلومات التي لم تنشر من قبل المورد فلا يمكن مسائلته عنها، وإن كان هذا الأخير يعلمها رغم عدم نشره إياها قد أصاب ضررا بالغير، لأنه غير ملزم بنشرها سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العقدية.

وهذا ما نصت عليه المادة **8/1386** من القانون المدني الفرنسي بنصها : " أنه في حالة الضرر الناتج عن خطأ عن منتج معين تم إدماجه في منتج آخر، فإن كلا من منتج الجزء المركب والشخص الذي قام بهذا الإدماج، يكون مسؤولا في هذه الحالة مسؤولية تضامنية"².

ففي المجال الإلكتروني إذن تتعدد وتتووع صور وتطبيقات الضرر، وتختلف أيضا طبيعته حسب مجاله ونوعيته أي لا يتسم بطبيعة واحدة، وذلك لإرتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة

1_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 333 و 334.

2_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، 148 و 149.

في الإلكترونيات، فالضرر الالكتروني يتسم بالدقة في تقديره وتحديده، لأنه يمثل طابعا معنويا أحيانا يتجسد في صورة المعلوماتية، غير أن لها طابع مالي أو مادي.

أما بالنسبة للتعويض في مجال المسؤولية المدنية التقصيرية، فهو يشمل كل الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، سواء كان متوقعا أو غير متوقعا ما دام الضرر مباشرا، كما أن عبء الإثبات للضرر يقع على المتعاقد في المعاملة الالكترونية، لأنه هو الذي يدعي الضرر، وبالتالي نجد أن المسؤولية المدنية التقصيرية لا تقدم فقط عند الإخلال بالالتزام، وإنما تقوم أيضا نتيجة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو الناقص أو التأخر فيه¹.

الفرع الثاني: علاقة السببية الالكترونية.

إن تحقق عنصر الخطأ وعنصر الضرر لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية، وإنما لابد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وعلى المدعي إثباتها والقاضي يقوم بالتحقيق فيها، إذ علاقة السببية تعتبر الركن الثالث من أركان المسؤولية، وهي مستقلة عن عنصري الخطأ والضرر.

" وإن الإجهاد يطلب تحقق الصلة السببية بوضوح، ولا يكفي للمتضرر أن يثبت وجود الخطأ والضرر فقط، بل وأيضا الصلة السببية بينهما، وأن القرار الذي يقضي بإصلاح الضرر يخلو من التعليل القانوني، إذا لم يتحقق من العلاقة بين الخطأ والضرر المطالب بإصلاحه"².

وبالتالي يجب على المضرور إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه حتى يستحق التعويض، لأنه في حالة عدم نشوء الخطأ لا تقوم المسؤولية المدنية التقصيرية، وعلى المدعي دفع المسؤولية المدنية عنه، وذلك بإثبات السبب الأجنبي، وتجب الإشارة أن تحديد السببية هو أمر معقد جدا لأمر متعددة، أهمها أمران إثنان هما:

يتمثل الأمر الأول في أن الضرر غالبا ما ينشأ نتيجة لعدة أسباب، بحيث يعتبر فعل المدعى عليه واحدا منها وهو ما يسمى تعدد الأسباب، فأحيانا قد يكون الضرر مترتب عن عدة

1_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 333.

2_ مورييس نحلة، المرجع السابق، ص 80.

أسباب ووقائع جميعها تؤدي إلى وقوعه، فاستبعاد كل واحد منها يكون صعبا جدا، لأن الضرر حدث لإجتمعها كلها.

إن مسألة تعدد الأسباب أثارت أبحاث نظرية عميقة في القانون الروماني بصفة خاصة، وتوصلت هذه الأبحاث إلى نظريتين، أهمها نظريتان: نظرية تكافؤ الأسباب، ونظرية السبب المنتج¹.

إن نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب تقتصر على أنه: " طالما أن الفعل الأصلي الأول كان مصدر الأحداث التي تعاقبت، حتى استقرت على النتيجة النهائية الضارة، وطالما أنه لولا الفعل الأصلي الأول لما تداخلت الأسباب اللاحقة ولما حصلت النتيجة النهائية، لا بد إذن من اعتبار هذا الفعل الأصلي الأول مصدرا لكل ما ترتب عليه من نتائج، ولا يغير في وضعه تداخل أسباب أخرى سابقة أو مرافقة أو لاحقة، فكل هذه الأسباب تستوي وتتعدل في إحداث النتيجة النهائية التي يسأل عنها الفاعل الأصلي، لأن فعله كان سببا لها، أو أنها حصلت بسببه ولم يكن لها أن تحدث لولا الفعل الأصلي ".

أما بالنسبة لنظرية السبب الملائم أو المنتج، فهي التي لا يسأل عليها الشخص إلا عن الأفعال التي صدرت منه ورتبت نتائج وخيمة، بحيث ينظر إلى النتيجة من منظار السبب الذي أحدثها مباشرة، وكان من شأنه عادة أن يحدثها وفقا للمجرى الطبيعي والعادي.

وتتم مسألة الشخص الذي تسبب في حدوثها، دون النظر إلى النتائج التي وقعت نتيجة لعوامل أخرى تضافرت في وقوعها، هذا إن كانت هذه العوامل مرافقة للفعل الأصلي أو تكون ممكنة الوقوع، أما في حالة ما إذا كانت هذه العوامل لا تقع وفقا للمجرى الطبيعي والعادي، فقد تكون مفاجأة أو طارئة، لأن هذه العوامل تنفي صلة السببية بين الفعل الأصلي والنتيجة النهائية، وبالتالي كل شخص يسأل عن فعله دون النتائج الأخرى².

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات . مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية . الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 94 - 96.

2_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 288.

أما الأمر الثاني فيتمثل في تعاقب وتسلسل الأضرار، ونكون أمام هذا الأمر عندما يحدث فعل ما من شخص خطأ يسبب ضرر لشخص آخر، ثم هذا الضرر يفضي إلى ضرر ثاني بنفس الشخص، ويفضي الضرر الثاني إلى ضرر ثالث ومثاله: " أن شخص اشترى بقرة مريضة ووضعها مع أبقاره، فانتقلت العدوى إليها فنفتت جميعها فتعذر عليه زراعة أرضه وكثرت عليه الديون، ولم يتمكن من الوفاء بها، وحجز الدائنون على أرضه وبيعت بثمن بخس ولم يستطع معالجة ابنه المريض فمات ولده".

والتساؤل المطروح هنا: هل يسأل بائع البقرة على كل هذه الأضرار؟ أم أن هناك نقطة معينة يقف عندها تسلسل الأضرار، فلا يسأل عما حدث بعد هذه النقطة من الأضرار؟.

كأصل عام التعويض يكون عن الضرر المباشر فقط، وحسب المثال المذكور أعلاه (أن المسؤول في هذه الحالة لا يسأل إلا عن الضرر المباشر، أي عليه أن يعرض عن الماشية التي إنتقلت إليها العدوى فنفتت إلى جانب التعويض عن هلاك البقرة الموبوءة، أما بقية الأضرار غير المباشرة لا يسأل عنها محدث الضرر¹.

وتجب الإشارة أنه يمكن للمسؤول أن ينفي مسؤوليته، وذلك بإثبات أن الضرر قد حدث نتيجة لسبب أجنبي، وهذا ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري، بحيث نصت على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

من خلال هذه المادة نلاحظ أنه بوجود السبب الأجنبي، الذي قد يكون حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل المضرور أو خطأ الغير، يكون المدعى عليه غير مسؤول مدنياً.

ويقصد بالسبب الأجنبي: " كل فعل أو حادث لا يد له فيه، ويكون هذا السبب قد جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلاً"، ومن أمثلة عن السبب الأجنبي: القوة

1_محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 100 و 101.

القاهرة والحادث المفاجئ (شيء واحد)، بحيث اختلف الفقهاء في التمييز بينهما، إذ اعتبر بعض الفقه أن القوة القاهرة هي (أمر خارجي غير متصل بنشاط المدعى عليه كالرياح والزلازل والبراكين)، أما الحادث المفاجئ فهو (أمر داخلي متصل بنشاط المدعى عليه كأنفجار آلة، أو خروج قطار عن قضبان السكة الحديدية).

ويرى البعض الآخر من الفقه أن القوة القاهرة يستحيل دفعها استحالة مطلقة، أما الحادث المفاجئ فيستحيل دفعه استحالة نسبية، في حين يرى البعض الآخر أن القوة القاهرة هي التي يستحيل دفعها، والحادث المفاجئ فيستحيل توقعه.

أما فيما يخص خطأ المضرور أو فعل المصاب فيقصد به: " هو من وقع منه الفعل الضار، قد اشترك بفعله مع فعل المضرور في إحداث الضرر " ومثال ذلك: " عبور شخص الطريق وهو يقرأ جريدة، وتأتي سيارة مسرعة فتصدمه، ففي هذه الحالة يساهم خطأ المضرور مع خطأ قائد السيارة (السير بسرعة) في إحداث الضرر، وبمعنى آخر يكون الخطأ مشتركاً غير أنه يجب ألا يكون خطأ أحدهما مستغرقاً خطأ الآخر.

أما بالنسبة لخطأ الغير فيقصد به: " مساهمته مع خطأ المسؤول في إحداث الضرر، وقد يسهم خطأ الغير مع خطأ المسؤول والمضرور أيضاً في ذلك، ولذا تستبعد حالة إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ثابت أو مفترض، وكان الضرر بفعل الغير وحده، فيكون هذا سبباً للإعفاء بالنسبة للمدعى عليه، لأن الضرر الذي وقع لا ينسب إليه وإنما إلى شخص آخر، ومن ثم فعلاقة السببية غير موجودة، ويكون الغير هو المسؤول الوحيد¹.

وعليه لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية الالكترونية، أن يرتكب شخصاً ما خطأ أو يلحق ضرراً بالغير، بل لابد أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن ذلك الخطأ، وكذلك لا يكفي مجرد وقوع الضرر و ثبوت الخطأ، وإنما يجب أن يكون هذا الضرر نتيجة خطأ، بمعنى لابد من وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، وهذا ما يطلق عليه بالركن الضروي والمستقل عن

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام)

المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 108

ركن الخطأ والضرر، كما تجب الإشارة أن مرتكب الخطأ لا يسأل إلا على الأضرار المترتبة عن خطئه.

غير أن علاقة السببية تنتهي كما وضحنا سابقا إذا كان الضرر راجع إلى سبب أجنبي، وتنتهي أيضا إذا لم يكن الخطأ هو السبب المباشر أو السبب المنتج بتوافر السبب الأجنبي، إذا كان الضرر راجعا إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو إلى خطأ المضرور أو خطأ الغير.

وبالتالي لكي تقوم المسؤولية المدنية التقصيرية الالكترونية، لابد أن يرتبط ركن الخطأ وركن الضرر بالرابطة التي تربط المسبب بالسبب والعلة بالمعلول¹.

فإن تحديد رابطة السببية في المجال الالكتروني تعتبر من الأمور الشاقة، وذلك لتعدد المسائل الالكترونية، كما يجب تحديد أن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يؤدي إلى قطع رابطة السببية، إذا كان غير متوقع ويستحيل دفعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ولا يكون هناك محل للتعويض، وأمثلة ذلك توقف الأجهزة والبرامج أو خللها أو تدميرها نتيجة صاعقة أو زلزال، أو نتيجة نشوب حرب عسكرية تدميرية تطلق فيها فيروسات جديدة مدمرة ليس بوسع المنتج توقعها، مما يترتب عنه استحالة تنفيذ المتعاقد عبر الإنترنت أو مقدم الخدمة لالتزامه.

كما أن خطأ المضرور ينفي رابطة السببية، إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر، ومن أمثلة عن خطأ المضرور عدم تعاون المتعاقد أو المستخدم الالكتروني مع المنتج أو مقدم الخدمة في تنفيذ الالتزام، وأيضا مخالفة تعليمات استخدام الجهاز أو البرامج إذا كانت واضحة ومحددة وغير تعسفية، فتقع الإصابة بالفيروس والقيام بالنسخ غير المشروع واستخدام خدمات الإنترنت بطريقة مخالفة للقانون، والسماح للغير باستخدام بطاقة الدفع الالكتروني الخاصة به في الحصول على الأموال.

1- عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 150.

ويقع خطأ الغير رابطة السببية، إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، ولا يعتبر من الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا، مثل التابع ومن يتولى المسؤول رقابته¹، وهذا الأخير سنقوم بدراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير والشيء.

كما سبق القول أن للمسؤولية التقصيرية الإلكترونية ثلاثة صور رئيسية، تتمثل الصورة الأولى في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، والصورة الثانية تشمل المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، أما الصورة الثالثة والأخيرة المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن فعل الشيء، بحيث قمنا بدراسة المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في المبحث الأول، التي تعتبر الأصل في القانون المدني الجزائري، و على من يدعي المسؤولية التقصيرية الإلكترونية أن يثبت صدور الخطأ من المدعى عليه².

المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير هي التي تنتج عن أي فعل صادر من الغير، وتشمل صورتين الصورة الأولى تتمثل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه عبر الانترنت، أما الصورة الثانية فتقتصر على مسؤولية متولي الرقابة عبر الانترنت، أما المسؤولية عن فعل الشيء هي التي تصدر عن فعل الشيء الذي هو تحت حراسة المسؤول، سنعالج في هذا المبحث المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير في المطلب الأول، والمسؤولية عن فعل الشيء في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير.

إن معظم المعلومات الموجودة عبر شبكة الانترنت تمر بمجموعة من المراحل، المرحلة الابتدائية تشمل الإنتاج، أما المرحلة النهائية تقتصر على الإستخدام، إضافة إلى هذا أن هناك مجموعة من الأشخاص يتعاملون بهذه المراحل، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة مسؤولية هؤلاء الأشخاص، ومدى وجود تبعية فيما بينهم.

1_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 335 و 336.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات . مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية . الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 174.

تم تعريف فعل الغير على أنه: "الفعل القانوني الصادر عن الغير، ويقصد بالفعل القانوني كل حدث يمكن أن ينشأ عنه آثار قانونية، ويقصد بصادر عن الغير أي أن هذا الفعل المنسوب لشخص غير الشخص الذي نسعى لأن نقيم مسؤوليته"¹.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده لم يسن تشريع خاص بالتعاملات الإلكترونية، غير أنه نص عن المسؤولية عن فعل الغير في العقود العادية، وذلك في المواد (134، 136، 173) وقام بتحديد صورتين، تتمثل الصورة الأولى في مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته، والصورة الثانية تتمثل في مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، وهذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال الفرعين الآتيين، بحيث سنحدد في الفرع الأول مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه عبر الانترنت، أما الفرع الثاني سنحدد فيه مسؤولية متولي الرقابة عبر الانترنت.

الفرع الأول: مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه عبر الانترنت.

إذ أن الصورة الأولى المتمثلة في مسؤولية المتبوع عن عمل الغير، يرجع فيها المضرور بالتعويض على شخص لم يخطئ، وإنما يكون غيره (التابع) هو الذي أخطأ، أما فيما يخص مسؤولية متولي الرقابة نجدها ليست مسؤولية عمل الغير على وجه الدقة، وإنما هي مجرد مسؤولية عن عمل شخصي².

قبل التطرق إلى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، لا بد أن نحدد المقصود بكل من المتبوع والتابع.

هناك من عرف المتبوع على أنه: "هو الشخص الطبيعي أو المعنوي ذو السلطة والإمرة على شخص آخر، يقوم بعمل لحسابه ومصالحته"، هذا التعريف كرسه محكمة التمييز اللبنانية في قرارها، واعتبرت أن الولي (المتبوع) هو الذي يعهد إلى العامل بالقيام بعمل معين، فيقوم به تحت إشرافه ورقابته ولحسابه"، كما وضحنا أيضا أنه لا يمكن إضفاء صفة الولي على

1_ عايد رجا الخاليلة، المرجع السابق، ص 254 و 255.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 174.

شخصين لا تجمعهما أي تربطهما صفة الشراكة في القيام بمشروع ما، ومثال ذلك: " إذا عهد شقيق إلى شقيقه أمر مراقبة عمل العامل الذي كلفه القيام به، فإن هذا التكليف لا يجعل من الشقيق ولياً، بل يكون بمثابة وكيل ورشة خاضع لإمرة ورقابة شقيقه صاحب المشروع ورب العمل " .

أما بالنسبة للتابع فقد تم تعريفه على أنه: " هو كل شخص وضع نفسه تحت إمرة شخص آخر لتنفيذ أعمال يكلفه بها لمصلحته، فهو يعمل لحساب المتبوع وفقاً لأوامره وتوجيهاته وتحت رقبته، ولا تشترط في التابع مواصفات مهنية معينة، بل يكفي أن يتم التكليف لشخص للقيام بعمل معين تحت إمرة شخص آخر، وسواء كان العمل مأجوراً أم مجانياً.

فصاحب المشروع الذي يكلف عاملاً للقيام بأعمال معينة في مشروعه، يعتبر متبوعاً والعامل تابعاً وإن كان عمل التابع طوعياً، المهم هو قيام رابطة التبعية ولو كانت مؤقتة أو محدودة الغاية والزمن¹.

وأحسن مثال على ذلك في المجال الإلكتروني أن الكل يعلم أن البنك باعتباره شخص معنوي، لا يمكنه ممارسة جميع أنشطته بنفسه، بل يعتمد على توافر مجموعة من الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه ويعملون لحسابه، فالبنك هو الذي يخول لهؤلاء الأشخاص الطبيعية سلطة وضع الأنظمة الإلكترونية الخاصة بعمليات التحويل ويشغلونها، هذا ما يدفعهم إلى التعامل والتواصل مع العملاء، لأن جميع الأخطاء التي قد تقع أثناء تنفيذ العقد بين البنك من جهة، والعملاء من جهة أخرى، ترتكب إذن من قبل الأشخاص الطبيعيين وليس من قبل البنك، وهذا الأخير يتمتع بشخصية حقيقية ومستقلة عن شخصية الأشخاص التابعين له، عند التعاقد مع هؤلاء العملاء.

وعليه فإن البنك يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي سببها له مستخدميه إتجاه زبونه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وهذا الرأي يستند على نظرية التمثيل للتمييز بين المستخدم صاحب المركز التنفيذي، والذي يسأل عنه البنك مسؤولية متبوع عن أفعال تابعه، بغض النظر

1_مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 437 و 438 و 451.

إلى طبيعة العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون المضرور، فلاشك أن وجود علاقة تعاقدية بينهما سيؤثر على طبيعة المسؤولية القائمة.

ومن بين الحالات التي يقوم بها البنك بإعتباره أو بصفته متبوعا إتجاه الزبون، أن هناك مجموعة من النشاطات التي يقوم بها مستخدم البنك، وهذه النشاطات التي ترتبط بتنفيذ العقد المبرم بالزبون، قد يصدرها هو باعتباره أو بصفته ممثلا للبنك، بحيث تظهر شخصية البنك وشخصية المستخدم كأنها شخصية واحدة أمام الزبون، وذلك لأن كل النشاطات والأعمال التي يمارسها مستخدم البنك والمرتبطة بالعقد، تعتبر من بين أعمال ونشاطات البنك نفسه، رغم أن الخطأ أو التقصير الذي أحدث الضرر صدر نتيجة الشكل السيء لتنفيذ الأعمال الموكلة إليه، وعدم تقيده بالأوامر والتعليمات الموجهة إليه من قبل البنك، والتساؤل المطروح: هل يمكن تصور قيام مسؤولية البنك بصفته متبوعا حتى إتجاه العملاء المتعاقد معهم؟.

ليس هناك مجال لإقتحام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل نطاق العقد، وذلك تطبيقا لمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين إلا في بعض الحالات الاستثنائية، ومن بين هذه الحالات الإخلال بالتزام عقدي يشكل جريمة أو غش أو خطأ جسيم في ذات الوقت¹.

وذلك حسب القرار المؤرخ في 20/12/2006، " بحيث يتبين من الإطلاع على القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع حملوا البنك مسؤولية ما أحدثه تابعها بعمله الغير المشروع الذي وقع أثناء تأدية وظيفته وبسببها طبقا للمادة 136 من القانون المدني الجزائري.

وحيث أنه بإيداع أموال في شبك البنك، واستلام بالمقابل دفتر رسمي به خاتم البنك وإمضاء العون، يكون البنك قد تعاقد رسميا مع المطعون ضده.

وحيث أصبح البنك بموجب هذا التعاقد مالكا للأموال المودعة لديه، يوظفها لتمويل مشاريعه على أن يرد قيمتها عند مطالبة الزبون، وحيث لا يمكن للبنك التخلص من مسؤوليته، إلا بعد تسديد قيمة الأموال المودعة لديه مهما كانت الظروف، وحيث يعني ذلك أنه لا يمكن

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 170 و 171 و 177.

للبنك التذرع بأخطاء موظفه للتهرب من مسؤوليته، وهذا ما أكدته المادة 136 من القانون المدني الجزائري التي اعتمدها قضاة المجلس.

وطالما عالج قضاة المجلس القضية بالرجوع إلى المادة 136 من القانون المدني الجزائري، فإن ذكر المادة 103 من القانون المدني الجزائري لا تأثير له على سلامة القرار¹.

ويقصد بالخيرة على أنها: "إختيار الدائن لأصلح الدعوتين إذا توفرت شروط كل منهما، أي عند توافر شروط المسؤولية العقدية، كذلك المسؤولية التقصيرية بالنسبة لنفس الضرر.

لقد تساءل الفقهاء عن مدى جواز لجوء الدائن إلى إحدى الدعويين، ورأى البعض الآخر جواز الخيرة بين المسؤوليتين، مبررين موقفهم بأن المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن تحتجب وراء المسؤولية العقدية، باعتبار أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فمتى توافرت شروط المسؤوليتين للمضرور، أن يختار المسؤولية التقصيرية لأنها الأصل، ويختار المسؤولية العقدية وهي الاستثناء².

وبهذا تنتقل دائرة المسائلة في هذه الحالة من النطاق العقدي إلى النطاق التقصيري، وأيضاً حسب الطبيعة المعنوية للبنك، فإن كل غش أو جريمة ترتكب من قبله هو، فهي تصدر عن الأشخاص المكونين للشخص المعنوي والعاملين لديه، فإن تصور صدور الخطأ الجسيم من البنك يمكن تصور صدوره أيضاً من طرف مستخدميه (البنك).

وبالتالي فإن الزبون (المتعامل مع البنك) في مثل الحالات التي ذكرناها سابقاً، يمتلك الخيرة في رفع دعواه على البنك، إما بناء على قواعد المسؤولية العقدية، وإما بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية بإعتباره متبوعاً، فمن مصلحته أن يسلك الطريق التقصيري في رفع الدعوى، لما له من فوائد كزيادة مبالغ التعويض المستحق، وأيضاً حتى يستفيد من الأساس

1_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 2005/02، سنة 2005.

2_ محفوظ لشعب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، الجزائر (بن عكنون)، 2007، ص 216 و 217.

القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية في هذه الحالة، لأنها لا تشترط قيام المضرور بإثبات خطأ من قبل المتبوع¹.

لقد حددنا فيما سبق المقصود بالمتبوع، أما بالنسبة لشروطه فيجب أن تتوافر فيه شرطين لكي تجب مسألته، ويتمثل الشرط الأول في رابطة التبعية بين محدث الضرر وبين المتبوع، أما الشرط الثاني والأخير يتمثل في أن يقع هذا الخطأ من التابع حال تأديته لوظيفته أو بسببها.

يتوافر الشرط الأول (رابطة التبعية) متى كانت هناك سلطة فعلية في رقابة وتوجيه المتبوع على أعمال تابعه، وهذا العنصر أو الركن هو الذي تقوم عليه رابطة التبعية، وهذا ما يقصد به أن تكون للمتبوع السلطة في إصدار الأوامر لتابعه لتوجيهه في عمله، ولكي ينفذ هذه الأوامر يجب أن تكون له الرقابة، وأحسن أمثلة على ذلك: "علاقة السيد بمخدومه، رب العمل بالمستخدم، الحكومة بالموظف والمالك بالبواب"، جميع الأشخاص الذين ذكرناهم يتمتعون بحق الرقابة والتوجيه وإصدار الأوامر على تابعيهم، وأيضا لهم الحق في محاسبتهم إذا خالفوا تلك الأوامر، وبالتالي إذا توافرت جميع هذه العناصر تحققت علاقة التبعية، أما إذا تم إنتفاء هذه العناصر (سلطة الرقابة والتوجيه)، فإن علاقة التبعية تنتفي هي أيضا².

ويقصد برابطة التبعية بين شخصين: "أحدهما متبوع والآخر تابع، السلطة الفعلية في رقابة وتوجيه التابع وما تؤدي إليه عند الإقتضاء من أعمال حق الفصل"، وهذا حسب مضمون نص المادة 174 من القانون المدني المصري، ويقابلها نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري: "أن علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله، وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها".

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 177 و 178.

2_ أنور طلبية، المسؤولية المدنية (المسؤولية التصيرية)، المكتب الجامعي الحديث، ج03، ط01، مصر (الاسكندرية) الأزاريطة، 2005، ص 387 و 388.

ونلاحظ من خلال نص هذه المادة أن رابطة السببية تقضي بتوافر ثلاثة عناصر، تقتصر الأولى على قيام سلطة الرقابة والتوجيه، أما الثانية فهي تقتصر على السلطة عن عمل معين، أما الثالثة هي قيام التابع بهذا العمل لحساب المتبوع¹.

وهناك تطبيقات كثيرة لعلاقة التبعية أهمها، الجندي في الجيش يعتبر تابعا لوزارة الدفاع، كما أن مدير الشركة يعتبر تابعا لشركة كشخص معنوي، كما أن المقاول إذا كان يمارس عمله بإستقلالية فلا يمكن إعتبره تابعا لرب العمل، أما إذا كان يمارس عمله بتنفيذ أوامر رب العمل، ففي هذه الحالة يعتبر تابعا لرب العمل².

فعلاقة التبعية تقوم بين المتبوع والتابع، وذلك تحت سلطة فعلية لرقابة وتوجيه المتبوع للتابع، سواء قصرت مدة هذه السلطة أو قصرت، ولا يشترط أيضا وجود عقد بينهما (التابع والمتبوع)، وكما لا يشترط حرية المتبوع في إختيار التابع³، ومثال ذلك: " بالنسبة لجنود الجيش، فإن وزارة الدفاع غير حرة في إختيارهم، لأنها تجنيدهم يتم طبقا للإقتراع العام، ورغم ذلك تبقى مسؤولة عن الضرر الذي يحدثونه بأعمالهم غير المشروعة ".

وهذا ما قضته محكمة النقض المصرية بأنه: "تقوم علاقة التبعية على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت في إصدار الأوامر إلى التابع، في طريقة أداء عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع، وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار التابع⁴.

ولا يشترط كذلك أن يتقاضى التابع أجرا أن تتوافر علاقة التبعية، ولا يشترط القدرة على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية، وإنما لا بد أن تكون هناك سلطة فعلية للرقابة والتوجيه من

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 194.

2_ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 44.

3_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، 166.

4_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات . مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية . الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 195 و 196.

المتبوع على التابع، أما في حالة إنعدام السلطة الفعلية للرقابة والتوجيه، تنعدم تبعاً لها مسؤولية الشخص بإعتباره متبوعاً، فالمتبوع يتحمل تبعه نشاط تابعه، لأنه ينتفع بهذا النشاط¹.

أما الشرط الثاني يتمثل في أن يكون قد صدر خطأ من التابع أثناء قيامه بالعمل لدى المتبوع، ومعنى ذلك أن يكون هناك ضرراً قد حدث أثناء ممارسة التابع للمهام التي تدخل في حدود إختصاصه بشكل طبيعي، وذلك في مجال الحالات التي يتم فيها تنفيذ الأوامر الصادرة إليه بشكل سيء، وأيضاً الحالات التي يتم فيها تنفيذ المهام الموكلة إليه بشكل سيء².

بحيث نصت **المادة 136** من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها³.

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن مسؤولية المتبوع تقوم بمجرد حدوث الضرر الناجم عن التابع بمناسبة الوظيفة.

وهذا ما نجده في " حكم المحكمة العليا المؤرخ في 25 / 05 / 1988 مؤداه (من المقرر قانوناً أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه بمناسبة تأدية وظيفته أو بسببها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق أحكام **المادة 136** من القانون المدني الجزائري، ولما قضى قضاة الموضوع بمسؤولية المتبوع (رب العمل) المدنية عن فعل مستخدمه الذي أخذ في غيابه السيارة خلسة من المستودع، واستعملها لأغراض شخصية لا صلة لها بالوظيفة، فإنهم بقضائهم هذا قد أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع نفسه، ص 166 و 167.

2_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 179.

3_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

قرار رقم 32817 بتاريخ 25 / 05 / 1983، وهذه القضية مثال واضح وجيد للخطأ بمناسبة الوظيفة، فالوظيفة سهلت للتابع ارتكاب الخطأ".

وعليه فإن الوظيفة ليست ضرورية لارتكاب الجريمة، وكان قرار المحكمة العليا صحيحاً حسب المادة 136 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها بالقانون 05 - 10، فنقضت حكم المحكمة التي حكمت بمسؤولية المتبوع بمناسبة الوظيفة، غير أنه يتبين لنا في مقدمة قرار المحكمة العليا قولها (من المقرر قانوناً أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا بمناسبة تأدية وظيفته أو بسببها...)، والنص العربي للمادة 136 من القانون المدني الجزائري قبل تعديله لم ينص على مناسبة الوظيفة، غير أن النص الفرنسي للمادة قبل تعديله نص على مناسبة الوظيفة¹.

فبالرجوع إلى التشريع الأردني نجده أجبر المتبوع بالتعويض عن جميع الأضرار التي سببها التابع أثناء ممارسته لوظيفته، وحتى يتحقق هذا يجب أن تكون علاقة السببية قائمة بين فعل التابع ووظيفته، فمسؤولية المتبوع تقوم حسب القانون الأردني عندما لا يكون بإمكان التابع أن يرتكب الفعل الضار، أو يفكر بإرتكابه لولا الوظيفة التي يمارسها، وهذا ما قامت بتحديدته محكمة التمييز في العديد من قراراتها، بحيث جاء في إحدى قراراتها أنه: (يكفي لتحقق مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع).

ويستوي أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته، أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة أو عن طريق إستغلالها، ويستوي أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر به، علم به أو لم يعلم، كما يستوي أن يكون التابع في ارتكاب الخطأ المستوجب للمسؤولية قد قصد خدمة متبوعه أو وجد نفع لنفسه.

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 206.

يستوي كل ذلك مادام التابع لم يكن يستطيع إرتكاب الخطأ أو يفكر في إرتكابه لولا الوظيفة، ولما كان من الثابت من البيانات المقدمة في الدعوى صلة التبعية بين المدعى عليه الموظف لدى البنك، وثبت إرتكاب المدعى عليه الأعمال غير المشروعة التي قام بها " سرقة دفتر شيكات أحد العملاء " من داخل فرع البنك الذي يعمل به، كانت هذه الأعمال أثناء تأدية وظيفته وبسببها...).

أما بالنسبة للتشريع المغربي جاء في نصه مغايرا عن التشريع الأردني، بحيث نجده نص على أن المتبوع مسؤول فقط عن الضرر الذي يحدثه تابعه أثناء تأدية الوظيفة، إذن فالمتبوع يعتبر غير مسؤول عن الضرر الذي يحدث بسبب الوظيفة، وهذا ما دفع الفقهاء إلى النظر ما إذا كان الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي يشمل الضرر الناجم عن سبب الوظيفة أم لا.

فالبعض من الفقهاء قالوا: " تحقق مسؤولية المتبوع عن الأخطاء التي يرتكبها بسبب الوظيفة "، بينما يرى البعض الآخر: " أن المسؤولية عن فعل الغير استثناء من قاعدة أن الإنسان لا يسأل إلا عن فعله الشخصي، والإستثناء لا يتوسع فيه، لهذا لا يمكن أن يقرر المسؤولية في هذه الحالة سوى المشرع ".

وهذا ما دفع القضاء المغربي إلى تحميل المسؤولية على المتبوع سواء وقع هذا الخطأ الناتج عن تابعه أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، ونجده أيضا إعتبر مسؤولية المتبوع لا تقوم، إلا في الحالات التي يكون فيها التابع قد مارس أعماله بناء على تعليمات متبوعة بكل دقة، وكذلك عندما تتحقق رابطة السببية بين الوظيفة التي عهد بها إلى التابع، وبين الخطأ الذي نجم عنه الضرر، لأن لولا هذه الوظيفة لما إستطاع التابع إرتكاب العمل الذي سبب الضرر للغير.

وبناء على ما سبق، فإن عملاء البنوك بإمكانهم الإستفادة من الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك بإعتباره متبوعا¹.

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، 180 و 181.

هناك قضية قام فيها موظف بإحدى الشركات الأمريكية بزرع فيروس القنبلة الموقوتة داخل النظام المعلوماتي للشركة، مما أدى إلى تدمير عدد **168000** سجل عمولات بيع، وسبب خسارة للشركة تقدر ب **11800** دولار في عام **1985**¹.

فالمتبوع يكون مسؤولاً إذا كان التابع قد تجاوز حدود وظيفته أثناء فترة قيامه بالعمل في المكان المختص، لأنه ما زالت للمتبوع سلطة الرقابة والتوجيه في فترة العمل، وبالتالي فإن هذه المسؤولية (مسؤولية المتبوع) تقوم على أساس إفتراض وقوع خطأ المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس.

بحيث يتمثل دور التابع في الحياة المادية لسلطة التوجيه المعنوي للمتبوع، وأن هذا الأخير له الحق في أن يقوم بها بنفسه أو بمساعدة أحد رؤساء العمل، وتقوم أيضاً مسؤولية المتبوع إذا وقع خطأ من طرف التابع أحدث ضرراً بالغير أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، ومثال ذلك: "قيام التابع أثناء عمله بزرع فيروس بالحاسب الآلي عبر الإنترنت، من جهاز المتبوع الذي يعمل عليه، وقد ترتب على ذلك أضرار للغير".

وكان موقف الفقه من مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه الناشئة عن فيروس الحاسب الآلي عبر الإنترنت، أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تتم في أي مرحلة لبث معلومات عبر الانترنت، ويسأل المتبوع عن كل متداخل في أية مرحلة على الشبكة بإعتباره تابعا له.

ومن حق المضرور الرجوع بدعواه على كل من المتبوع والتابع، فإذا كانت دعواه إلى التابع المسؤول على المتبوع، فلا يجوز له الدفع بالتجريد أي مطالبة التابع، أما إذا حصل المضرور على التعويض من المتبوع، فإنه من حق المتبوع أن يرجع على التابع بكل ما أداه للمضرور، ويكون التابع مسؤولاً عنه، وذلك استناداً إلى المادة **175** من القانون المدني المصري تنص على أنه: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر".

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، 164 و 165.

إن كل الأضرار التي حدثت عبر شبكة الانترنت، جعلت الحق للمضرور في الرجوع على المتبوع في التعويض مباشرة، وذلك راجع إما لجهل التابع وإما لضمان الحصول على التعويض المناسب¹.

الفرع الثاني: مسؤولية متولي الرقابة عبر الإنترنت.

إن مسؤولية متولي الرقابة تقتض أن يكون هناك شخص ما يتولى رقابة شخص آخر بحاجة إلى الرقابة، إما بسبب صغر سنه أو مرضه، وذلك إما بقوة القانون أو بمقتضى إتفاق، فإذا قام الشخص الذي هو تحت الرقابة بفعل ما رتب ضرراً للغير، فهنا يجبر ويلزم المكلف بالرقابة بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه، والمكلف بالرقابة في هذه الحالة لا يمكنه نفي مسؤوليته، إلا إذا أثبت أنه قام بالرقابة على أكمل وجه، وأن الضرر كان سيقع فعلاً ولو قام برقابته.

إن المشرع المصري نجده نص على مسؤولية متولي الرقابة وذلك في المادة 173 من القانون المدني المصري، بحيث نصت على أنه: "1- كل من يجب عليه قانوناً أو إتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

2- ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ 15 سنة أو بلغها، وكان في كنف القائم على تربيته، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها، أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 167 . 169.

3- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية، إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 125 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، نجده نص على مسؤولية الأشخاص بقوة القانون، والتي حددتهم المادتان 126 و 127 من قانون الموجبات اللبناني، إذ حددتهم على سبيل الحصر نتيجة للأضرار التي يوقعونها على الغير، فإقتصر أيضا على الأصول والأوصياء على الأولاد القاصرين، المعلمين، أصحاب الحرف عن الطلبة أو المتدرجين الصناعيين، السيد والولي عن الخادم والمولى، وذلك وفقا للشروط التي وضعتها هاتان المادتان².

وتتمثل شروط تحقق المسؤولية في أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر، وأن يصدر ممن هو تحت الرقابة عمل ضار.

يقتصر الشرط الأول على الإلتزام بالرقابة، أي حتى تقوم هذه المسؤولية يجب أن يقوم شخص ما بالالتزام لرقابة شخص آخر، وذلك إما بقوة القانون مثل الأب الذي هو مجبر وملزم بحكم القانون على رقابة أبنائه، وإما عن طريق الإتفاق مثل مدير مستشفى الأمراض العقلية الذي يلتزم برقابة مرضاه.

لقد تم تحديد الحالات التي تؤدي إلى نشوء الإلتزام بالرقابة على سبيل الحصر في ثلاثة نقاط وهي القصر، الحالة العقلية (الآفات التي تصيب العقل كالجنون والعتة)، والحالة الجسمية (كالعمي والشلل).

أما بالنسبة للشرط الثاني فيتمثل في صدور عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة، أي حتى تقوم مسؤولية متولي الرقابة يجب أن يصدر فعل ضار من الشخص الذي هو تحت الرقابة، ويجب أن يرتب هذا الفعل الضار ضررا بالغير، وإذا قامت مسؤولية الشخص

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الإلتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 179 و 180.

2_ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 387.

الخاضع للرقابة تقوم بجانبها مسؤولية متولي الرقابة على أساس الإهمال في الرقابة، أو سوء التربية والتأديب.

"وينبغي ملاحظة أن مسؤولية متولي الرقابة لا تقوم، إلا إذا وقع العمل غير المشروع من الخاضع للرقابة، فإذا كان هذا الأخير هو المضرور، سواء أصيب بالضرر من فعل أجنبي أو من الفعل نفسه، فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة كمدير المدرسة على أساس قرينة الخطأ الواردة في المادة 172 من القانون المدني المصري، أي لا توجد مسؤولية مفترضة في جانبه، بل يجب إعمال القواعد العامة في المسؤولية، فيتعين في هذه الحالة إثبات الخطأ في جانبه"¹.

وبعدما تطرقنا إلى كل من مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه ومسؤولية متولي الرقابة، نجد أن المسؤولية التقصيرية الإلكترونية تثور عن فيروس الحاسب بمناسبة فعل الغير وفقاً لحالتين إثنين، بحيث تشمل الحالة الأولى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه كما وضحناها سابقاً، أما الحالة الثانية تقتصر على مسؤولية متولي الرقابة، وهذا ما سنحاول دراسته.

إن مسؤولية المنتج عن الفيروس الذي يقع بسبب فعل أحد العاملين لديه، أو من جراء خطأ ارتكب هو ذاته، تثور أعمالاً لمسؤولية التابع عن فعل المتبوع، لذا ينبغي له التدقيق والتركيز في اختيار العاملين ومراقبتهم، وإحكام نظم الاختبار ووضع نظم دقيقة للتحكم في الدخول.

أما بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة عن الفيروس الناجم عن فعل الصبي أو الفاصر، فهي تثور في حالات نادرة التي يمكن أن يحدث فيها ذلك².

وعليه فإن المسؤولية المدنية عن عمل الغير تقوم على فكرة الخطأ المفترض من قبل المسؤول، وهذا الغير قد يكون هو المتبوع أو متولي الرقابة وغيرهم...، إضافة إلى ذلك إن فيروس الحاسب الآلي يعتبر من أخطر وأصعب صور الإعتداء، التي بإمكان المتعاقد والغير أن

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 181 - 184.

2_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 254.

يتعرض لها عبر شبكة الإنترنت، لأن هذا الفيروس ينتج عنه أضراراً وخيمة، وذلك من خلال تدمير الأجهزة والبرامج والمعلومات.

وهذا ما تنبه له الأمريكيون في وقت مبكر، وذلك من خلال محاولات قرصنة الكمبيوتر، أو إختراق المواقع الإلكترونية الحساسة وسحب معلومات خاصة منها، أو وضع معلومات غير صحيحة تساهم في إنتشار عمليات التشويش.

كما أن الإدارة الأمريكية التي كان يترأسها (بيل كلينتون) أعلنت سنة 1998 عن خطة مثيرة للجدل، وكان الهدف من هذه الخطة تصميم برامج مراقبة حاسوبي تحت إشراف مكتب التحقيقات الفيدرالي، وذلك كله من أجل حماية أنظمة المعلومات الأمريكية بصفة عامة¹.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده أيضاً أشار إلى أحكام المسؤولية عن فعل الغير في المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، بحيث نصت هذه المادة على أنه: "لا يسأل الشخص عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي فقط، وإنما أيضاً عن الضرر الناشئ عن فعل الأشخاص الذين يجب أن يضمنهم...".

إن المشرع الفرنسي من خلال هذه المادة حدد الحالات التي يسأل فيها الشخص عن فعل غيره، وهي كالاتي:

أ - الأب والأم (بعد وفاة زوجها)، مسؤولان عن الضرر الصادر من الأبناء القصر الذين يعيشون معهم.

ب - السادة والمتبوعون، مسؤولون عن الضرر الصادر من خدمهم أو نابعيهم أثناء ممارستهم للأعمال التي استخدموا لتحقيقها.

ج - المعلمون ومشرفو الحرف، مسؤولون عن الضرر الصادر من تلاميذهم أو متدربي الحرف في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم".

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 153 و 154.

وعليه فإن التقنين المدني الفرنسي لم يقد بتحديد ووضع قاعدة عامة، وإنما إقتصر على ذكر طوائف من المسؤولين في مضمون نص المادة 1384¹.

هناك رأي من الفقه في مجال المسؤولية المدنية الناشئة عن فيروس الحاسب الآلي نتيجة خطأ الغير عبر الإنترنت، يرى أنه إذا أطلق شخصاً ما فيروساً ليصيب أحد مستخدمي أجهزة الكمبيوتر المشتركة في شبكة معينة، وكان هذا الفيروس فيروساً جديداً خفياً، وكان المشترك المستهدف لم يضع برنامجاً تحصين النظام المعلوماتي مع أحد أصدقائه المشاركين عبر شبكة الإنترنت، فأصيب عندئذ صديقه بفيروس، فرجع على صديقه مرسل المعلومات المصيب بالعدوى بالتعويض على أساس الخطأ الشخصي، والمسؤول (من رفعت عليه الدعوى) بإمكانه أن يدفع المسؤولية عن نفسه، بأن الخطأ ليس خطئه وإنما هو خطأ الغير، لأن خطأ الغير استغرق خطأ المسؤول، ويكون سبباً أجنبياً تنتفي معه علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أما إذا كان الفيروس الذي أطلقه أحد الأشخاص على المدعى عليه من الفيروسات المعروفة والتي لها أمصال مضادة، وقام المشترك بوضع برنامج لتحصين نظامه المعلوماتي، غير أنه استخدم في نفس الوقت نسخاً مقلدة من هذه الأمصال، وكانت هي كذلك مصابة بفيروسات.

نلاحظ في كلتا الحالتين أن الفيروسين قد إشتراكاً في إحداث أضرار بالمضروبين على أساس خطئين هما: يتمثل الأول في خطأ الغير الذي أطلق الفيروس على المدعى عليه، أما الخطأ الثاني فيتمثل في خطأ المدعى عليه الذي لم يحصن نظامه المعلوماتي ببرامج مضادة للفيروسات.

وهذا ما يجعلنا بصدد تعدد المسؤولين عن العمل الضار، وبالتالي فإنهم يكونون متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي وهذا ما نصت عليه المادة 169 من القانون المدني المصري.

1_ عايد رجا الخليفة، المرجع السابق، ص 258 و 259.

وتبين لنا من خلال الخطأين، أن كل خطأ منهما كان سبب في إحداث الضرر، وعليه فإن كل من المدعى عليه أو الغير مسؤولين متضامنين، وللمضرور في هذه الحالة الحق في أن يرجع على كل منهما بالتعويض، ويكون أيضا لمن قام بدفع التعويض أن يرجع على الطرف الآخر بنصيبه¹.

وعليه فالتعدي على برامج الحاسب يمكن أن يشكل منافسة غير مشروعة، ويعتبر خطأ يتطلب قيام المسؤولية التقصيرية في حالة توافر ركني الضرر وعلاقة السببية².

أما في حالة تعدد الأخطاء بين المدعي، المدعى عليه والغير، ومثال ذلك: " بأن يقوم أحد مستخدمي الحاسبات من الأغيار بإطلاق فيروس في النظام المعلوماتي الخاص بالمدعى عليه، الذي لم يستخدم نظم أمن معلومات على المستوى المطلوب، ثم قام المدعى عليه بالتسلسل إلى النظام المعلوماتي للمدعي عن طريق مفتاح السر الذي أعطاه له المدعى بإرادته، وذلك بتحمل بعض الملفات المصابة في النظام المعلوماتي للمدعى عليه.

من خلال هذه الحالة نجد أن هناك ثلاثة أخطاء اشتركوا لإحداث الضرر، وهنا تقسم بينهم المسؤولية بالتساوي، إذا لم يتم القاضي بتحديد نصيب كل منهم على حدة، وذلك حسب جسامه الخطأ الذي ارتكبه كل منهم.

ونحن نؤيد هذا الرأي، لأن المسؤولية المدنية بينهم تضامنية لإشراكهم جميعا في إحداث الضرر، وللمضرور الحق في الرجوع عليهم جميعا، أو أي منهم للمطالبة بالتعويض عن الضرر.

أما بالنسبة لموقف القضاء الأمريكي من المسؤولية المدنية الناشئة عن فيروس الحاسب الآلي نتيجة خطأ الغير فهناك قضيتين مشهورتين:

" القضية الأولى قضية **Robert MORIS** الشهيرة التي تتخلص وقائعها في أن أحد المخربين أطلق فيروسا، أدى إلى توقف عدد **6200** حاسب عن العمل لمدة يومين، وهذا ما

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 162 و 163.

2_ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 241.

أدى إلى خسائر مادية تقترب إلى مبلغ **10 مليون دولار أمريكي**، وقضت المحكمة حين تصدت لتحديد المسؤولية بأن الشبكة ليست مسؤولة عن انتقال الفيروس، إذ ينحصر دورها في مجرد توفير الاتصال السهل الميسور بين المشتركين، وطالما كانت قد إتخذت من إجراءات الحيلة والحذر ما يجعلها توفر الأمان للمستخدمين، ومن ثم يكون من أطلق الفيروس وحده مسؤولاً، وقضت بمحاكمة **Moris** ¹.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الشيء.

لقد تناولت التشريعات المقارنة في المسؤولية عن الأشياء في العقود التقليدية ثلاثة صور، تتمثل هذه الصور في مسؤولية حارس الحيوان، مسؤولية مالك البناء عن تدمره ومسؤولية حارس الأشياء، وبما أن دراستنا تقتصر على المسؤولية الناشئة عن أجهزة الحاسوب والإنترنت، فإن مسؤولية حارس الحيوان ومسؤولية حارس البناء بعيدة كل البعد عن موضوع دراستنا، بحيث سنعالج في الفرع الأول شروط تحقق مسؤولية حارس الأشياء، أما الفرع الثاني سنعالج فيه أساس مسؤولية حارس الأشياء.

الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية حارس الأشياء عبر الإنترنت.

إن التشريع الفرنسي تناول مسؤولية حارس الأشياء في **المادة 1384** من مدونة نابليون، ومهد لأحكام المسؤولية المفترضة بكافة صورها بعبارة عامة في الفقرة الأولى من هذه المادة، بحيث نصت على أنه: "إن المرء مسؤول حتماً عن الأضرار التي يحدثها أشخاص آخرون هو مسؤول عنهم، أو أشياء تقع تحت حراسته".

لقد أوضح كل من الفقه والقضاء أن المشرع لم يقرر مسؤولية المرء مسؤولية مفترضة عن فعل الأشياء إلا في الحالتين اللتين تناولهما في **المادتين 1385 و 1386**، أما بالنسبة **للمادة 1384** لم يهتم ولم ينظر إليها، واعتبرها تمهيدا وإجمالاً لما يليها من الفقرات، وحسب **المادتين 1385 و 1386** المذكورتين سابقاً، أنها لا تتجاوز حالتها الضرر الذي يحدث بفعل الحيوان، والضرر الذي ينشأ عن تدهم المباني وفق الشروط المنصوص عليها في محتوى

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 163. 164.

المادتين، أما في الحالتين الأخيرتين لا يسأل المرء عن فعل الأشياء إلا وفق القاعدة العامة في المسؤولية، وذلك من خلال إثبات الخطأ الواقع منه، والذي سبب في إحداث الشيء ضرراً للغير.

ولكن هناك فريق آخر من الفقه يرى بأن الفقرة الأولى من المادة 1384 إقتصرت على قرينة قانونية على خطأ حارس الشيء، وذلك عكس التي تقيمها المادة 1386 على عاتق حارس الحيوان¹.

إن توضيح دراسة المسؤولية عن الأشياء تثير عدة مناقشات لدى كل من الفقه والقضاء على حد سواء، وذلك بعد إتساع نطاق تطبيقها في العصر الحديث، وبحسب المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي أنها كلما إستقرت في إطارها القانوني طراً عليها ما يتطلب إعادة النظر فيه لملاحقة ذلك التطور المستمر.

وتتناول هذه المسؤولية الكثير من الحالات المختلفة، ويكون الغرض منها جبر الضرر الناجم عن فعل هذه الأشياء، فهي تثير البحث من زاوية هذه المسؤولية، كما أنها تلزم القاضي عند مناقشته لهذه المسؤولية حكم ومنطلق، لإكتشاف أوجه جديدة عند الإنتهاء من هذا البحث.

إن كل من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر وغيرها من التشريعات المقارنة هي صاحبة هذه الفكرة الجديدة، وتركوا تراث فقهي في مجال المسؤولية عن الأشياء، بحيث نجد هذه الأخيرة مرت بعدة مراحل بدءاً بكتب الفقه ومروراً بالإجتهاد القضائي الذي رسم خطوطها، ووصولاً إلى أحكام القضاء الذي صنعها، غير أنها لم توضع دفعة واحدة، وإنما وضعت متناثرة بسبب القضايا التي مرت على المحاكم عبر مرور الزمن².

ففي المجال الإلكتروني مثلاً، نجد أن البنك يعتمد على مجموعة من الأدوات الإلكترونية عندما يقوم بتقديم خدمات التحويل، ويتولى وضع هذه الأدوات الإلكترونية تحت تصرف عملائه، ليتم إستعمالها في تمرير رسائل المعلومات المتضمنة لأوامر التحويل المختلفة، ففي أغلب الحالات نجد أن البنك له السيطرة الكاملة على هذه الأجهزة والأدوات.

1_ عابد رجا الخاليلة، المرجع السابق، 185 و 186.

2_ يحيى أحمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، د.ط، مصر (الاسكندرية)، 1992، ص 05.

ومن خلال هذا ذهب بعض الفقه إلى إعتبار البنك حارسا للنظام الإلكتروني، الذي يستخدم لإجراء عمليات التحويل، وهذا ما يدفع إلى قيام مسؤوليته المدنية وفق ما تقتضيه قواعد المسؤولية عن الأشياء¹.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نص على مسؤولية حارس الأشياء (غير الحية) في المادة 138 من القانون المدني الجزائري، بحيث نصت على أنه: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء، إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

فالمسؤولية عن الأشياء حاليا أصبحت مستقلة استقلالاً تاماً عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، لأنها لا تقوم أساساً على فكرة الخطأ، بل تقتض بمجرّد إحداث شيء غير حي ضرراً².

قبل التطرق إلى شروط هذه المسؤولية (المسؤولية عن الأشياء غير الحية)، لابد أن نتطرق أولاً إلى تحديد مفهوم حارس الأشياء.

يمكن تعريف حارس الأشياء على أنه: "هو الشخص الذي تكون له سلطة الأمر على الشيء وقت حدوث الضرر، وقوام السلطة هي الإستعمال والتوجيه والرقابة وبيانها بصفة مستقلة، فإذا لم تتوافر هذه السيطرة والسلطة على الشيء، لا يكون هناك حارس للشيء، وأن تكون هذه الأشياء تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها".

في مجال العقود الالكترونية يبقى التساؤل مطروح حول: هل فيروس الكمبيوتر يتطلب حراسة بعناية خاصة؟.

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 181.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 214 و 215.

يرى فريق على أنه: " إن فيروس الحاسب الآلي يدخل في عداد الأشياء الخطرة بطبيعتها، نظرا لآثاره الخطيرة وقوته المدمرة على الثروة المعلوماتية، وأجهزة الحاسب الآلي التي أصبحت تدير أكبر الآلات في المصانع، وتتحكم في تسيير الطائرات والقاطرات وتشغيل الأجهزة الطبية وعمليات البنوك وغيرها، فهو برنامج خاص يتم تصميمه لأهداف تخريبية، وهو كيان منطقي يتمثل في نبضات أو إشارات إلكترونية ممغنطة داخل الشرائح الموجودة في ذاكرة الحاسب، ويشغل حيزا فيها وينسخ نفسه إلى أن يملأها، وهو يشبه الكهرباء التي استقر الفقه والقضاء على إعتبارها شيئا يمكن أن تثير مسؤولية الحارس، وأن برامج الحاسب الآلي تعد من الأشياء المعنوية ذات القيمة الاقتصادية ".

بينما يرى فريق على أنه: " أن الأشياء التي تحتاج في حراستها إلى عناية خاصة، هي الأشياء الخطرة بطبيعتها مثل المواد الكيميائية والأسلحة دون غيرها من الأشياء، ونص المادة 178 من القانون المدني المصري قاصر على الأشياء الخطرة بطبيعتها، وأما الأشياء التي بحسب طبيعتها لا تعتبر خطرة، فلا تدخل ضمن الأشياء التي قصدتها هذه المادة.

وبالتالي فإن فيروس الكمبيوتر يعد من الأشياء الخطرة بطبيعتها، وذلك لقدرته على الإختفاء والتدمير والإنتشار والإختراق وغيرها، في حين أقر علماء مقاومة الفيروسات بأن الآثار الخطيرة الناجمة عن الفيروس، والتي تصب الثروة المعلوماتية تشبه في خطورتها وسرعتها التفاعل النووي الناتج عن القنبلة الذرية¹، وهذا ما سناحاول دراسته بالتفصيل عند تطرقنا إلى شروط مسؤولية الأشياء غير الحية.

وبالرجوع إلى نص خلال نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري أنه يلزم شرطان، يتمثل الشرط الأول في شيء تتطلب حراسته أن يكون الحارس له عليه سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة، أما الشرط الثاني فيتمثل في تسبب الشيء في حدوث الضرر².

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 171 . 173.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 215.

الشرط الأول يقتصر على وجود الشيء في حراسة الشخص، ويقصد بالشيء أنه كل شيء غير حي فيما عدا البناء الذي يتهدم¹، ويقصد أيضا بالشيء الذي تتطلب حراسته عناية خاصة بأنه: " هو كل جماد يكمن به الخطر الذي قد يضر بالأشخاص والأموال إذا لم تتخذ الحيطة في شأنه لدراء أخطاره، وتلك الحيطة تتمثل في العناية به وأتخاذ كل ما يلزم لعدم وقوع الضرر"، هذا التعريف حسب المعيار الموضوعي، الذي من خلاله يتم إستخلاص ما إذا كانت المسؤولية المترتبة على الضرر الناجم عن الشيء، هي مسؤولية مفترضة أم واجبة الإثبات بإقامة الدليل عليها.

كما يجب النظر أيضا إلى الشيء من وقت وقوع الأضرار، بحيث في ظروف معينة يتطلب الأمر حراسة خاصة في ظروف معينة، وبالتالي تكون مسؤولية مفترضة وهذا حسب المادة 178 من القانون المدني المصري².

ونصت المادة 178 من القانون المدني المصري على أنه: " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية.

يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

تجب الملاحظة أن نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري جاء مطابقا لنص المادة 178 من القانون المدني المصري، وكلا النصين اعتبرا من الأشياء المواد المتفجرة، الأسلحة، السموم، الأسلاك الكهربائية، المواد الكيميائية، الأدوات الطبية، الزجاج، السوائل، تيار الكهرباء، الغاز وأيضا الضجة التي تحدثها الطائرات.

وذلك حسب القرار الصادر في 2000/02/16، الذي يتضمن: " متى اعتمد قضاة المجلس في إثباته لمسؤولية الطاعنة عن الأضرار اللاحقة بالمطعون ضده على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء، وفقا للمادة 1/138 من القانون المدني الجزائري، وبناء على محضر التحقيق والتقرير الطبي المثبت بأن الأضرار اللاحقة بالمطعون ضده ناتجة عن إحترق

1_ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

2_ أنور طلبية، المرجع السابق، ص 477.

كهربائي عالي الضغط، وعجز الطاعنة عن نفي مسؤوليتها بإثبات السبب الأجنبي، وفقا للفقرة الثانية من المادة 138 من القانون المدني الجزائري، فإنهم بقضائهم هكذا يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا¹.

أما بالنسبة للحراسة فيقصد بها: " أن يكون للحارس السيطرة الفعلية على الشيء، والتصرف فيه في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الحراسة الموجبة للمسؤولية طبقا لنص المادة 178 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 138 من القانون المدني المصري، أنها تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه².

وعليه لكي يتحقق الشرط الأول والمتمثل في تسبب الشيء بإحداث الضرر، لا بد من قيام علاقة سببية بين الشيء والضرر، وحتى يتم تحديد هذه الأخيرة قام الفقه بإستنتاج مجموعة من المعايير، من بينها معيار التدخل الإيجابي، إذ يجب أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر سببا فعلا ومباشرا في إحداثه، ويجب أن لا يكون تدخله سلبيا، ورأى الفقه في مجمله أن هذا المعيار ينطق على إستعمال الأدوات الإلكترونية في إجراء عمليات التحويل، وهذه الأجهزة تخضع لنفس لعطب واختلالات قد ينتج عنه ضرر يلحق بالزبون مباشرة، رغم أن تدخل هذه الأجهزة يعني وجود نشاط إنساني سابق من طرف المستخدم من جهة الذي يتولى تشغيل النظام، ومن طرف الزبون من جهة أخرى الذي يتعامل مع البنك من قبله³.

أما الشرط الثاني فيقتصر على أن يكون هذا الشيء في حراسة شخص معين، بمعنى أنه يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية له، ويتمتع الكثير من الحراس بسلطات الحراسة في وقت

1_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 2002/02، سنة 2002.

2_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية - الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، المرجع السابق، ص 216 و 217.

3_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 182.

واحد، علماً أنه تقوم مسؤولية كل طرف على حدا لتعويض المضرور، ولهم الحق في توزيع المسؤولية المدنية فيما بينهم أو رجوع أحدهم على غيره¹.

وبما أن الشرط الثاني يقتصر على ضرورة أن يكون هذا الشيء في حراسة شخص معين، غير أن هذه الحراسة لا بد أن تكون حراسة فعلية وليست حراسة قانونية، وفكرة الحراسة الفعلية تشمل عنصرين أساسيين، العنصر المادي يتطلب وجوب أن يتوفر الحارس على سلطة رقابة الشيء وتوجيهه وإستعماله، أما العنصر المعنوي فيتطلب على الشخص مباشرة جميع السلطات لحسابه الخاص ولمصلحته الشخصية، دون الخضوع لأي رقابة عليه.

وعلى وجه العموم يمكن أن يكون الحارس إما شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، غير أنه هذه الأخيرة تباشر من قبل مستخدميه، وتتمثل العبرة عند تعيين الحارس عند إجتماع الشخص المعنوي والشخص الطبيعي في حيازة الركن المعنوي للحراسة، وأحسن مثال على هذا: "إذا كان المستخدم يمارس سلطات الرقابة والتوجيه والإستعمال لحساب الشخص المعنوي، فإن هذا الأخير هو الذي يعتبر حارساً للشيء، لأن تلك السلطات تمارس لحسابه، أما إذا إستعمل المستخدم تلك السلطات لحسابه الخاص، فإن الدراسة تنتقل إليه".

وهناك الكثير من الفقهاء يرون بأن البنك يعتبر حارس فعلي للنظام الذي يستخدمه، من خلال تقديم خدمات التحويل الالكتروني، وله كل السيطرة الفعلية حين ممارسته لهذا النظام، "لأنه يستخدم النظام الالكتروني وهو الذي يفيد منه في نشاطه، ومن ثم فهو يتمتع بسلطة الاستعمال، وبالإضافة إلى ذلك يمارس البنك سلطة التوجيه، حيث يملك سلطة إصدار الأوامر إلى هذا النظام أثناء تنفيذه لأمر العميل.

لهذا يمكن إقامة مسؤولية البنك عن عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بإعتباره حارساً للنظام الالكتروني، مما يجعل بالإمكان إعفاء الزبون من إثبات خطأ البنك، وتقرر له الحماية والتعويض عن الضرر اللاحق به، إذا ما إعتبرنا أن هذا النوع من المسؤولية تقوم على أساس

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 173.

تحمل التبعة، والتي لا تعطي البنك إمكانية التوصل من الضرر اللاحق بعملائه بسهولة، كما لو تمت إقامتها على أساس الخطأ المفترض أو الواجب الإثبات¹.

الفرع الثاني: أساس مسؤولية حارس الأشياء عبر الإنترنت.

إن أساس مسؤولية حارس الشيء هو الخطأ المفترض وليس تحمل التبعة، وإلا كانت المسؤولية على مالك الشيء، ويترتب على ذلك نتيجتان:

تتمثل النتيجة الأولى في أنه يجب في المسؤولية التمييز، أما النتيجة الثانية فتتمثل في أنه بإمكان المسؤول نفي المسؤولية عنه حسب نص المادة 2/138 من القانون المدني الجزائري، بحيث نصت على أنه: "يعفى الحارس إذا أثبت أن الضرر قد حدث بسبب لم يكن يتوقعه، كما لو كان من فعل المضرور نفسه"، ومثال ذلك: "إذا مد شخص ذراعه إلى آلة ميكانيكية وهي تعمل فقطعتها، أو من عمل الغير أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

إضافة إلى هذا فإن أساس مسؤولية حارس الأشياء خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، ولا يمكن لحارس الشيء إثبات أنه لم يخطئ، وأنه أخذ العناية الضرورية لتفادي وقوع الضرر.

وعليه فإن مسؤولية حارس الشيء تقوم على أساس الخطأ في الحراسة، فإذا أصاب الطرف الآخر ضرراً نتيجة فعل الشيء، فإنه يفترض أن الحارس قد فقد السيطرة الفعلية على الشيء، وأن زمامه قد فلت، بحيث نصت المادة 138 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا ترفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير"، وعلى المضرور سوى إثبات الضرر فقط، دون أن يكلف على إثبات الخطأ.

بحيث قضت المحكمة العليا في قضية رقم 215653، القرار بتاريخ 2000/02/16، سنة 2001 - العدد 01، بحيث قضت على بأنه: "متى اعتمد قضاة المجلس في إثباتهم المسؤولية الطاعنة عن الأضرار اللاحقة بالمطعون ضده على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء

1_ محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 184.

وفقا لأحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري، بناء على محضر التحقيق والتقرير الطبي المثبت بأن الأضرار اللاحقة بالمطعون ضده ناتجة عن إحتراق كهربائي عالي الضغط، وعجز الطاعنة عن عن نفي مسؤوليتها بإثبات السبب الأجنبي وفقا للفقرة 02 من المادة 138 من القانون المدني الجزائري، فإنهم بقضائهم هكذا يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا .

كما قضت أيضا في قضية رقم 24192، القرار بتاريخ 17/03/1983 على أنه :
 متى كانت مسؤولية حارس الشيء مفترضة قانونا، ولما كان من المستقر عليه أيضا أن الإعفاء منها لا يكون إلا بإثبات الاستثناءات الواردة، فإن قضاة الموضوع الذين بوجود حكم أبرأ ساحة المتهم لعدم ثبوت الخطأ الجزائري المنصوص عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات الجزائري، فإنهم يكونون حينما قضاوا بذلك قد أفقدوا قرارهم الأساس القانوني بما فيه التناقض، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه ."

إن حارس شيء مسؤوليته مفترضة ولا يعفى منها، إلا إذا أثبت أن الضرر كان بسبب الضحية أو الغير أو حصل نتيجة لحاجة طارئة أو قوة قاهرة، حتى ولو حكم ببراءته جزائيا عملا بالمادة 138 ومن القانون المدني الجزائري.

ويرى بعض الفقه أن الخطأ في مجال المسؤولية المدنية عن حراسة الشيء هو خطأ مفترض من قبل الحارس، ولهذا نجد أن القانون دائما يفرض على الحارس أن يقوم بجميع الإحتياطات والتدابير الضرورية لمنع الشيء من الأضرار بالغير، إن لم تتمكن من نفي قرينة الخطأ المفترض، بالإمكان دفع المسؤولية المدنية عن فعل الشيء، من خلال نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر، وهذا من خلال إثبات السبب الأجنبي.

في حين يرى البعض الآخر من الفقهاء أنه لا تتوافر مسؤولية حارس الفيروس، إلا بإثبات وقوع الضرر من قبل ذلك الفيروس، وهذا ما يقتضي تدخل إيجابي للفيروس في إيقاع هذا الضرر .

ويرى بعض الفقه أيضا: " أنه كثيرا ما يحدث أن يلفت الفيروس من زمام سيطرة صاحبه، وينطلق لأداء نشاطه دون قدرة التحكم فيه، هنا يظل الحارس مسؤولا عما يحدثه من ضرر،

فالتسرب هو قمة إفلات الشيء من دون رقابة، ونؤيد هذا الرأي ونضيف إليه أن الحارس له من التقنية الفنية التي تمكنه من السيطرة على الفيروس والتحكم فيه".

في حين يرى البعض الآخر من الفقه أنه لا تتوافر المسؤولية المدنية عن فعل الشيء في مجال المعلومات الإلكترونية، إلا إذا ثبت وجود اتصال وإرتباط كامل بين الشيء والشخص.

وموقف القضاء الفرنسي من المسؤولية المدنية الإلكترونية عن فعل الشيء، نجد بأنه إكتفى بفعل الشيء وحده لقيام مسؤولية الحارس، من غير إثبات الضرر لخطأ الحارس، نجده أيضا إعتق تفسير جديد حسب نص المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقضي على أنه: "بمسائلة حارس الشيء دون حاجة لإثبات خطئه، وأن إنعدام الاتصال بين الشيء والشخص لا يعتبر مانعا يحول دون قيام رابطة السببية".

في حين قررت محكمة النقض المصرية أنه: "تقوم المسؤولية على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الفيروس إفتراضا لا يقبل إثبات العكس، ولا ترتفع هذه المسؤولية إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير".

وقررت محكمة النقض المصرية أيضا: "أن المسؤولية المقررة في المادة 178 من القانون المدني المصري، تقوم على أساس خطأ يفترض وقوعه في حارس الشيء إفتراضا لا يقبل إثبات العكس، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه"¹.

بينما يرى البعض من الفقهاء أن أساس مسؤولية حارس الأشياء غير الحية هو تحمل التبعة، أن هذا الرأي انتقد لأنه لا يتفق مع كون المسؤول هو الحارس وليس المنتفع، وبالرجوع إلى الفقه التقليدي نجده يرى بأن أساس المسؤولية هو فكرة الخطأ المفترض التي تقع على الحارس، وتقيم عليه قرينة قانونية نتيجة الخطأ الذي إرتكبه، وسبب ضررا بالشيء الذي في حراسته.

1_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 174 . 176.

أما بالنسبة للرأي السائد، فإن أساس مسؤولية حارس الأشياء غير الحية هو الخطأ في الحراسة، وهذا الخطأ لا يقبل إثبات العكس، وإذا سبب الشيء غير الحي ضرراً بالغير، فإنه يفترض أنه قد فلت من الحارس هذا هو الخطأ في الحراسة، إن هذا الخطأ يعد ثابتاً بوقوع الضرر مباشرة، فلا يقع على المضرور إثباته، وإنما عليه فقط أن يثبت وقوع الضرر الذي سببه له الشيء غير الحي، وبالتالي فإن خطأ حارس الشيء غير الحي يقع بمجرد حدوث الضرر من قبل ذلك الشيء، ولا يمكن نفي هذه المسؤولية إلا إذا كان ذلك الضرر راجع إلى سبب أجنبي.

إن أساس مسؤولية حارس الأشياء غير الحية كما وضحناه سابقاً، وحسب نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري هو أيضاً الخطأ في الحراسة، وحسب المشرع الجزائري فإن هذا الخطأ هو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، لأنه يقع على حارس الشيء التزام محدد ومعين يمنعه من إحداث الضرر.

وهذه المسؤولية حسب نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري هي مسؤولية قائمة بقوة القانون، وما على المضرور إلا إثبات الضرر فقط.

ومن هنا نرى أن القضاء الجزائري ركز على شرط أساسي ووحيد يتمثل في ضرورة توافر الضرر لقيام المسؤولية عن الأشياء غير الحية، وعليه فإن هذه المسؤولية تلزم صاحبها بالتعويض عن جميع الأضرار الذي سببها للغير نتيجة ذلك الشيء غير الحي¹.

وبالتالي نرى أن المسؤولية التقصيرية الإلكترونية تقوم عند الإخلال بالتزام غير مستمد من العقد، ومثال ذلك حالة النشر الإلكتروني أو الإعتداء على التوقيع الإلكتروني، ونقصد بالنشر الإلكتروني: "نشر المصنفات الأدبية والفنية وغيرها من حقوق الملكية الفكرية، باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة سواء التي تقوم على الأسلوب الرقمي أو عن طريق الوسائط الإلكترونية مثل CD أو DVD وغيرها من الوسائط، وقد يتم بمعرفة المؤلف نفسه أو عن طريق الناشر، يتنازل له المؤلف عن حق إستغلال مصنفه في مقابل مالي يتم الإتفاق عليه فيما بينهما".

1_ بلحاج العربي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 1991/03، الجزائر، ص 640 و 642.

والنشر الإلكتروني ينقسم إلى قسمين اثنين، النشر الأول يقتصر على المصنفات المنشورة ورقيا بأسلوب النشر التقليدي، ومثال ذلك عندما يكون قد سبق نشره ورقيا ثم يعاد نشره إلكترونيا، وهو غير مستقل بذاته ويطلق عليه النشر الإلكتروني الموازي، أما النشر الثاني هو مستقل بذاته عن النشر الورقي، بحيث يتم نشره الكترونيا لأول مرة إما عبر شبكة الإنترنت أو على دعامة إلكترونية CD أو DVD.

بحيث يتم الإعتداء على هذا النشر عن طريق نشره في شكل مصنفات إلكترونية (النشر الإلكتروني)، أو في شكل مصنفات ورقية (النشر الموازي)، وهذا الإعتداء له عدة صور تقتصر على " نسخ برامج الحاسب الآلي وإعادة إنتاجه لأغراض تجارية دون موافقة صاحبه، أو تم نشر مؤلف ورقي على شبكة الانترنت دون أن يحصل الناشر على إذن من المؤلف، فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية، والمسؤولية التقصيرية تقوم بقيام أركانها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما، وبالرجوع إلى الأمر رقم 03 - 05 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وبالضبط المادة 143".

أما صور الإعتداء على التوقيع الإلكتروني تقتصر على الدخول إلى قاعدة البيانات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني عن طريق الغش والتدليس، أو عن طريق حيازة برامج إعادة التوقيع الالكتروني دون موافقة صاحبه، أو عن طريق تزوير وتقليد التوقيع الإلكتروني أو شهادة اعتماد إلكترونية، فهنا أيضا تقوم المسؤولية التقصيرية للمعتدي.

إلا أنه في حالة أي غياب قانوني ينظم المسؤولية التقصيرية الالكترونية، فيتوجب الرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية العامة الواردة في القانون المدني الجزائري، وإسقاط حكمها على المعاملات الالكترونية.

لنخلص في الأخير إلى أنها نفس الأحكام المطبقة على المعاملات الالكترونية، من حيث أركانها (الخطأ، الضرر وعلاقة السببية)، ومن حيث نوعها (هي مسؤولية واجبة الإثبات،

أي يجب إثبات الخطأ فيها)، من حيث انتفاءها (تنتفي بثبوت السبب الأجنبي من قوة قاهرة وخطأ الغير وخطأ المتضرر)، وأخيرا من حيث الأثر المترتب عليها (التعويض)¹.

1_كوثر زهدور، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات والمسؤولية المدنية المتولدة عنه في التشريع الجزائري، مجلة الدفاع (مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين وهران)، العدد 02 / مارس 2014، وهران، ص 108 -

الخاتمة:

تناولنا في هذه الدراسة موضوع من أهم المواضيع الهامة التي فرضت نفسها بقوة في السنوات الأخيرة، والتي لا زالت إلى حد الآن مجالاً خصبا للبحث، وبالأخص في ظل التطور السريع والمستمر الذي تعرفه عقود التجارة الإلكترونية.

إن موضوع بحثنا يتمحور حول " العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناشئة عنه "، بحيث من خلاله قمنا بتوضيح العقد الإلكتروني في الباب الأول، وعالجنا فيه مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، وحددنا أيضاً كيفية إنعقاده والتعبير عنه، بالإضافة إلى كيفية إثباته وتنفيذه، وذلك من خلال توضيح التزامات أطرافه، أما فيما يخص الباب الثاني فقد عالجنا فيه موضوع المسؤولية المدنية الإلكترونية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، وتحديد الآثار المترتبة عنها للتوصل إلى المسؤول عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا التعامل الإلكتروني.

من خلال هذه الدراسة المقارنة لاحظنا أن هناك العديد من الدول العربية المختلفة، لازالت إلى حد الآن تعاني من إستيعاب كافة جوانب عقود التجارة الإلكترونية، لأن نصوصها تظل قاصرة رغم المجهودات المبذولة من طرف الفقه، ورجال القضاء بخصوص المعاملات الإلكترونية.

ونتيجة هذا البحث توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات والإقتراحات، والتي نوجزها كالتالي:

أولاً: النتائج:

1_ للإنترنت أهمية بالغة في حياتنا المختلفة، وذلك لمسايرة مجتمعا لهذه التطورات التكنولوجية الحديثة، غير أنه نظراً لإنعدام نصوص قانونية تنظم المعاملات الإلكترونية، توصلنا إلى تطبيق النصوص القانونية التقليدية المختلفة على عقود التجارة الإلكترونية.

2_ إن الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية، لا تختلف كثيرا عن الإيجاب والقبول في العقود التقليدية، سوى من خلال وسيلة التعبير عن الإرادة التي تتم بواسطة البريد الإلكتروني، أو بواسطة نقر الأيقونة المخصصة للقبول، وأيضا من خلال تحديد وقت تلاقي القبول بالإيجاب أي (زمان انعقاد العقد).

3_ إن شروط صحة التراضي في العقود التقليدية هي نفسها المطبقة على عقود التجارة الإلكترونية، بحيث يجب أن تكون خالية من عيوب الإرادة، وتكون صادرة من كامل الأهلية، وفي حالة وقوع أي عيب من عيوب الإرادة، فللمستهلك حق الرجوع عن أي سلعة أو خدمة في حالة نشوبها بأي عيب من هذه العيوب، التي بدورها تعتبر سببا في بطلان العقد الإلكتروني، أما فيما يخص أهلية أطراف التعاقد الإلكتروني، فليست هناك صعوبة لوجود جهات التوثيق الإلكتروني، التي تقوم بدور التحقق من الأهلية القانونية قبل إبرام العقود الإلكترونية.

4_ إن الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية، وحجيتها في الإثبات تخضع لنفس القواعد القانونية التي تخضع لها أيضا العقود التقليدية، وبالتالي فإن الكتابة الإلكترونية لها نفس القوة القانونية للكتابة التقليدية، شرط أن تكون مقروءة، مستمرة، دائمة وغير قابلة للتعديل.

5_ المشرع الجزائري اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني في المادة 327/ 2 من القانون المدني الجزائري، وسوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، هذا الأخير الذي يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي، من حيث تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في انجازه.

6_ المشرع الجزائري نص صراحة على التوقيع الإلكتروني من خلال التأكد من هوية المتعاقد، وأيضا الوفاء بالعقد الإلكتروني تطبيقا لنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، إلا أن هناك نقائص تعترى هذه المواد من حيث الجهة التي تحدد شرط التأكد من الشخص المصدر للتوقيع أو الكتابة أي الوسيط الإلكتروني، فيصعب تحقق الشرطين السابقين المذكورين في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على هذا التوقيع.

7_ إن جهة التوثيق الإلكتروني تطرقنا إليها أيضا من خلال تعريف جهة التوثيق وشهادة التوثيق الإلكتروني، إضافة إلى توضيح إجراءاته وما يجب أن تحويه من بيانات ومعلومات.

8_ إن طرق إثبات التصرفات الإلكترونية عبر الإنترنت، تتمثل في توضيح التزامات كل طرف من أطراف التعاقد الإلكتروني، وصولا إلى وسائل الدفع الإلكتروني كبطاقة الإئتمان مثلا.

9_ إن المسؤولية المدنية الإلكترونية عن الأضرار التي تصيب الغير جراء تصرفات غير مشروعة، تؤدي بدورها إلى قيام مسؤولية تعاقدية وأخرى تقصيرية، فقد تكون صادرة من قبل الشخص نفسه (المسؤولية عن الفعل الشخصي)، وسواء كانت صادرة من الغير (المسؤولية عن فعل الغير)، وسواء كانت صادرة من الشيء (المسؤولية عن فعل الشيء).

ثانيا: الإقتراحات (التوصيات):

1_ ينبغي على المشرع الجزائري أن يواكب التشريعات الأجنبية في ضرورة إصدار قانون ينظم المعاملات الإلكترونية، وذلك شأنه تقادي الكثير والعديد من المشكلات القانونية لهذه المعاملات الإلكترونية سواء في الوقت الحاضر أو المستقبل، لذا يجب عليه أن يواكب التطور السريع والمستجدات في مجال المعلوماتية وحقل التجارة الإلكترونية، من خلال سد الفراغ التشريعي عن طريق تعديل وتشريع ما تفرضه هذه المستجدات.

2_ على المشرع الجزائري ضرورة إعادة النظر في القواعد القانونية لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية.

3_ تحديد جهة معينة تقوم بتعيين أسماء الأشخاص الذين يستخدمون الإنترنت في أي وقت، وتحدد أيضا رقم الجهاز المستخدم، لأنه في حالة إرتكابه لخطأ ما أو مخالفة، يكون مسؤولا مدنيا أو جنائيا.

4_ سن قانون مستقل للمعاملات الإلكترونية هو الحل الأمثل على غرار ما قامت به الدول الأخرى المقارنة، إضافة إلى القيام بتعديلات جديدة على التشريعات المتعلقة بالعقود التقليدية.

5_ على المشرع الجزائري تعديل القانون التجاري ليشمل بابا خاصا بالتجارة الإلكترونية، يتضمن المبادئ العامة لهذه الأخيرة، وموضحا نطاق تطبيق القانون، وتعريف المصطلحات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، إضافة إلى إقرار مبدأ سلطان الإرادة فيما لا يتعارض مع الأحكام الآمرة في القانون.

6_ ضرورة تفعيل دور الجامعات الجزائرية (كليات الحقوق، أقسام العلوم القانونية) لتوسيع الثقافة القانونية ونشر الوعي المعلوماتي، إضافة إلى التنسيق والتعاون مع الجهات المتخصصة على المستوى العربي، وتبادل الخبرات في مجال المعلوماتية والتعاملات الإلكترونية.

7_ إنشاء المحكمة المدنية الدولية على غرار المحكمة الجنائية الدولية، تختص بفض النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية وبتعويض الأضرار التي تصيب دول الأعضاء من خلال التعامل الإلكتروني.

8_ إنشاء قسم خاص على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، يختص بالنظر في جميع منازعات التجارة الإلكترونية، إضافة إلى تعيين خبير متخصص في مجال التقنيات والمعلوماتية، تتم إستشارته في المسائل الفنية التي تغيب على رجال القضاء والقانون على حد سواء.

9_ القيام بدورات تدريبية وندوات لتوعية رجال القانون والقضاء بالمستجدات الحديثة لعقود التجارة الإلكترونية، وتدريبهم على السياق المعلوماتي.

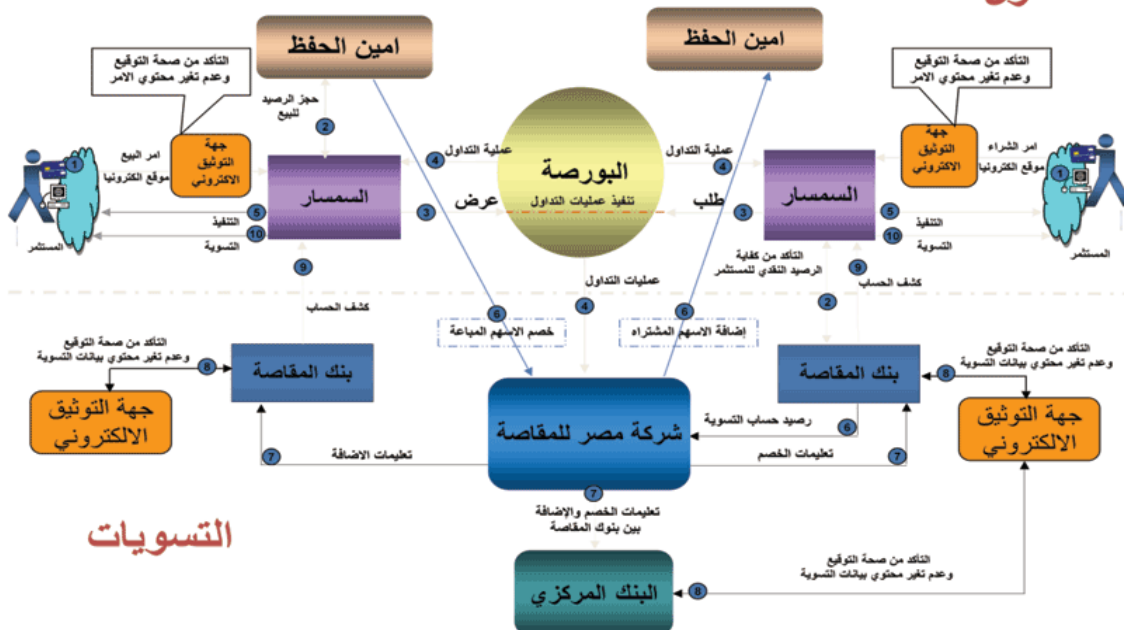
الملحق رقم 01:



الملحق رقم 02:

كيفية استخدام خدمات التوقيع الالكتروني مع التداول الآلي

التداول



الملحق رقم 03:



الملحق رقم 04:



الملحق رقم 05:



قائمة المراجع:

1- المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية.

أ. المراجع العامة:

- 1_ أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني (الأركان، الجمع بينهما والتعويض) دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر (الاسكندرية)، ط01، 2004.
- 2_ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية) الالتزامات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، د.ط، 2008.
- 3_ عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشوارمي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د.د.ن، مصر (الاسكندرية)، ط07، 2000.
- 4_ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (التعويض)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02، الجزائر، د.س.ن.
- 5_ علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، د.ط، 2010.
- 6_ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، د.ط، 2009.
- 7_ الطيب الفصايلي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، د.د.ن، المغرب (مراكش)، ط02، ج 01، 1997.

- 8_ محفوظ لشعب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، الجزائر (بن عكنون)، 2007.
- 9_ محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، د.ط، مصر (الاسكندرية)، د.س.ن.
- 10_ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2003.
- 11_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) أحكام الالتزام . دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر (عين مليلة)، 2010.
- 12_ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني (الغلط - التدليس - الإكراه - الاستغلال) معلقا على نصوصها بالفقہ وقضاء النقض، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية)، ط01، 2002.
- 13_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات . مصادر الالتزام) المسؤولية التقصيرية . الفعل المستحق للتعويض (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر (عين مليلة)، 2011.
- 14_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر (عين مليلة)، د.ط، 2008.
- 15_ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط01، 2010.
- 16_ مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ج02، ط03، 2007.

- 17_ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر (الاسكندرية)، 2015.
- 18_ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د. ط، 1992.
- 19_ موريس نحلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ج02، 2001.
- 20_ هائل حزام مهيب العامري، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، د.ط، 2005.
- 21_ يحيى أحمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، د.ط، مصر (الاسكندرية)، 1992.
- 22_ أنور طلبة، المسؤولية المدنية (المسؤولية التقصيرية)، المكتب الجامعي الحديث، ج03، ط01، مصر (الاسكندرية) الأزاريطة، 2005.
- 23_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني) العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر (بن عكنون)، ط06، 2008.
- 24_ حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوصفي)، دار الفكر الجامعي، مصر (الاسكندرية)، د.ط، 2006.
- 25_ حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، ط02، مصر (القاهرة)، 1979.
- 26_ عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر (عنابة)، 2004.

27_ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على ملكية المبيع والمقايسة)، دار النهضة العربية، مصر، ج 04، ط 02، 1986.

28_ عبد الحق الصافي، دروس في القانون المدني (مصادر الالتزامات)، د.د.ن، المغرب، ط 02، د.س.ن.

ب - المراجع المتخصصة:

1_ أحمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ط 01، 2008.

2_ أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2013.

3_ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية (وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر، الأردن، دبي، البحرين)، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2007.

4_ أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008.

5_ إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، توزيع منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ط 1، 2009.

6_ أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت (دراسة تحليلية مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط 01، 2006.

7_ أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008.

- 8_ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008.
- 9_ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 2006.
- 10_ جمال زكي اسماعيل الجريدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن بيع السلع المقلدة عبر الانترنت (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني)، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية (مصر)، ط01، 2011.
- 11_ حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2000.
- 12_ حسن محمد محمد بوى، التعاقد عبر الانترنت (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الاسكندرية)، د.ط، 2015.
- 13_ خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أحكام عقد العمل عن بعد، مكتبة القانون والإقتصاد، المملكة العربية السعودية (الرياض)، ط01، 2014.
- 14_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، ط01، 2008.
- 15_ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2008.
- 16_ رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونسترال النموذجي والفقه الإسلامي)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر (منصورة)، ط 01، 2008.
- 17_ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر (المحلة الكبرى)، د.ط، 2008.

- 18_ سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني (ماهيته . صورته - حجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، ط02، 2006.
- 19_ سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2014.
- 20_ سليم سداوي، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط01، 2008.
- 21_ سمير دنون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان (بيروت)، ط 01، 2012.
- 22_ سمير عبد السميع الأودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2005.
- 23_ صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، ط02، 2007.
- 24_ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2013.
- 25_ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني (دراسة في الفكرة القانونية للكتابة الالكترونية ووظائفها في القانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2014.
- 26_ عاطف عبد الحميد حسن، التوقيع الالكتروني (مفهومه - صورته - حجيته في الإثبات في نطاق المعاملات المدنية) وفقا للقانون رقم 10 سنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، دار النهضة العربية، مصر (القاهرة)، د.ط، 2008.

- 27_ عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية (المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط01، الأردن (عمان)، 2009.
- 28_ عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، ط01، 2005.
- 29_ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2011.
- 30_ عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني، دار وائل للنشر، الأردن (عمان)، ط01، 2010.
- 31_ عزة حمد الحاج سليمان، النظام القانوني للمصارف الالكترونية (الشيك- الصورة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، ط01، 2005.
- 32_ عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط 01، 2009.
- 33_ فراح مناني، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر (عين مليلة)، د.ط، 2009.
- 34_ كميث طالب بغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان . المسؤولية الجزائرية والمدنية . دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط01، 2008 و 2009.
- 35_ كميث طالب بغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان (المسؤولية الجزائرية والمدنية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط01، الأردن (عمان)، 2008 . 2009.
- 36_ كوثر مازوني، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، د.ط ، 2008.

- 37_ لزهـر بن سعـيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، د.ط، 2012.
- 38_ لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1، 2009.
- 39_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط1 و ط2، 2005 و 2009.
- 40_ محمد أمين الرومي، النظام القانوني التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، ط01، 2006.
- 41_ محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 سنة 2004)، دار الجامعة الجديدة، مصر (الإسكندرية)، ط01، 2007.
- 42_ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2006.
- 43_ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2006.
- 44_ محمد عمر الشويرف، التجارة الإلكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط01، 2013.
- 45_ محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجامعة، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2011.
- 46_ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2011.

- 47_ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، د.ط، د.س.ن.
- 48_ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر (الإسكندرية)، د.ط، 2006.
- 49_ ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط01، 2009.
- 50_ نزار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن (عمان)، ط01، 2012.
- 51_ نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، ط01، 2005 و 2009.
- 52_ هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، مصر، ط1، 2011.
- 53_ وسام فيصل محمود الشاورة، المسؤولية القانونية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الوفاء، دار وائل للنشر، الأردن (عمان)، ط01، 2013.
- 54_ يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر (القاهرة)، ط01، 2011.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

أ. المراجع العامة:

1_ Alexandre BRAUD, droit des instruments de paiement et de crédit, Gualino éditeur, paris, 2007.

2_ Bernard DUBUISSON et Patrick HENRY, droit de la responsabilité, édition Larcier, Bruxelles, 2004.

3_ Chafik CHEHATA, la notion de responsabilité contractuelle le concept de propriété, Etude de droit musulman(travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de paris – série Afrique – 1), 1iere édition, France.

4_ Christian LAPOYADE DESCHAMPS, Laurent BLOCH, droit des obligation, 2eme édition, France (Paris), 2008.

5_ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, les conditions de la responsabilité, 2eme édition delta, Paris, 1998.

6_ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, les effets de la responsabilité, delta, Paris, 2001.

7_ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, les obligations (2. le fait juridique), ARMAND COLIN Cinquième édition, France (paris).

8_ Nour-Eddine TERKI, les obligations (responsabilité civile et régime général), Edition O.P.U, Alger.

9_ Patrice JOURDAIN, les principes de la responsabilité civile, 6eme édition Dalloz, France (paris), 2003.

10_ Philippe LE TOURNEAU et Loïc Cadiet, droit de la responsabilité, 03eme édition Dalloz (Delta), France (Paris), 1997.

11_ Philippe MALINVAUD, Droit des obligations, septième édition Litec, Paris, 2001.

12_ Thibault VERBIEST, La protection juridique du cyber-consommateur, Edition du juris-classeur, Paris, 2002.

ب . المراجع المتخصصة:

1_ Alioune DIONE, le droit douanier a l'épreuve des réseaux informatiques "le défi du commerce électronique", Edition ITCIS, Alger, décembre 2008.

2_ André LUCAS, Jean DEVEZE et Jean FRAYSSINET, droit de l'informatique et de l'internet, Thémis "droit privé", paris, novembre 2001.

3_ Etienne WERY, paiements et monnaie électroniques (droits européen français et beige), Edition LARCIER, Belgique, 2007.

4_ Frédéric HUET, la fiscalité du commerce électronique, LITEC FISCAL, paris, 2000.

5_ Laure DALLEVE et Raphael BAGNOUD, internet 2005, Cedidac 67, la Suisse (Lausanne), 2005.

6_ Michelle JEAN- BASTISTE, Créer et exploiter un commerce électronique, Edition Litec, Paris, 1998.

7_ Phillippe le TOURNEAU, contrats informatiques et électronique, Édition DALLOZ, paris, 2010.

8_ Serge GUINCHARD & Michèle BREESE, Internet pour le droit-connexion, Recherché, droit-Montchrestien, Paris.

9_Thierry Piette COUDOL et André BERTRAND, internet et la loi, Édition Dalloz, paris, 1997.

2- المجالات (المقالات):

أولاً: المقالات باللغة العربية.

- 1_ أحمد باشي، واقع وآفاق التجارة الالكترونية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 13 - العدد 2003/02، الجزائر (حيدرة).
- 2_ إلياس بن ساسي، التعاقد الالكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، العدد 2013/02، الجزائر.
- 3_ أمازوز لطيفة، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03 / ديسمبر 2013، الجزائر.
- 4_ بلحاج العربي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1991/03، الجزائر.
- 5_ بوخيرة حسين، استخدام البنوك الجزائرية لوسائل الدفع في التجارة الخارجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2010/02، الجزائر.
- 6_ محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، د.س.ن، الجزائر.
- 7_ جودت هندي، "التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للمبيع الدولي لعام 1980، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28 العدد 02 / 2012، دمشق.
- 8_ جوهر بن رجدال، الأعمال الالكترونية كدعامة للحكومة الالكترونية في العالم العربي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2010/04، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر.

- 9_ حسن طالبي، التوقيع الالكتروني في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03 / ديسمبر 2013، الجزائر.
- 10_ أحمد رياحي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية. قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10 جوان 2013، الجزائر.
- 11_ رياض عيسى، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة (دراسة مقارنة مع الجزائر)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، العدد 1993/02، الجزائر (بن عكنون).
- 12_ كوثر زهدور، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات والمسؤولية المدنية المتولدة عنه في التشريع الجزائري، مجلة الدفاع (مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين وهران)، العدد 02 / مارس 2014، وهران.
- 13_ ساسي سقاش، المسؤولية المهنية للمهنيين القانونيين (المحضر القضائي) دراسة حالة، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 09، 2010.
- 14_ صالح مرازقة ، التجارة الإلكترونية وإشكالية إخضاعها للضرائب (التحديات المستقبلية للسياسة الجبائية)، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 23 جوان 2005، مديرية النشر والتنشيط العلمي، الجزائر.
- 15_ عادل حسن علي، الإطار القانوني لعقود المعاملات الالكترونية، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد 33 يوليو 2007.
- 16_ عفيف محمد أبو كلوب، التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسؤول عن الضرر (دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني، الفرنسي والفقهاء الإسلاميين)، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2014.
- 17_ علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الالكتروني ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها (دراسة تطبيقية على بنك فلسطين)، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية 2010 . المجلد 12 . العدد 1، فلسطين (غزة)، 2010.

- 18_ غازي أبو عرابي و فياض القضاة، حجية التوقيع الالكتروني (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية . المجلد 20 . العدد الأول . 2004، كلية الحقوق الجامعة الأردنية، الأردن.
- 19_ حفيظة قايد، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني في قانون الأعمال، المجلة المصرية للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015.
- 20_ كوثر ماركى، الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع (DOMAIN NAME)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2008/03، الجزائر.
- 21_ محمد الحارثي، مسؤولية البنك بصدد الوفاء بالشيك حاضرا ومستقبلا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 1993/02، الجزائر (بن عكنون).
- 22_ محمد بودالي، التوقيع الالكتروني، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، المجلد 13 - العدد 2003/02، الجزائر (حيدرة).
- 23_ محمود حمودة صالح منزل، إشكالات العقود الالكترونية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 18 رمضان 1432هـ أغسطس 2011، السودان.
- 24_ منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 . العدد 2009/02، مصر.
- 25_ موسى بن محمد بن حمود التميمي، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015.
- 26_ نائل علي مساعدة، الكتابة في العقود الالكترونية في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد الخمسون - جمادى الأولى 1433 إبريل 2012، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة.

27_ نفن سطات، المسؤولية المدنية لمزودي خدمات التصديق الالكتروني، مجلة المحامون، سنة 2012/ العدد 06، ص 103.

ثانيا: المقالات باللغة الفرنسية.

1_ Ali FILALI, l'indemnisation du dommage corporel l'article 140 Ter du code civil: la consécration d'un système d'indemnisation exclusif de la responsabilité civile, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n 01/2008.

2_ David BOUNIE et Abel FRANCOIS, Vers une économie des paiements électroniques?, Revue d'économie financière, n 109 mars 2013, France (paris).

3_ David BOUNIE et Marc BOURREAU, sécurité des paiements et développement du commerce électronique, Revue économique, n 04-55 juillet 2004, France (paris).

4_ Fatma EZZAHRA BAKINI et Hadjer HADJ SALEM et Kais FENNI, le consommateur et les produits socialement responsables: un exposé de la relation entre attitude et comportement dans le contexte tunisien, Revue Française du marketing, n 05 décembre 2013, France.

5_ GOUROUZA MAGAGI Zlinabou Abdou, la vente électronique dans les espaces **UEMO**, **CEDEAO** et **OHADA**, revue de **ERSUMA** " droit des affaires pratique professionnelle, numéro 4_ septembre 2014.

6_ Guide ALPA, la responsabilité civile en Italie: problèmes et perspectives, Revue international de droit comparé, n 04 octobre-décembre 1986, France (paris).

7_ Ingeborg SCHWENZER, l'adaptation de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des

produits défectueux an Allemagne fédérale (*), Revue internationale de droit comparé, n 01 janvier–mars 1991, france (paris).

8_ Jacques ROBERT et Jean–Marie AUBY et Thérèse PINET, Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger, librairie générale de droit et de jurisprudence, France (paris).

9_ Jean–Régis MIRBEAU GAUVIN, le droit danois face a la loi du 07 juin 1989 sur la responsabilité du fait des produits, Revue internationale de droit comparé, n 04 octobre – décembre 1991, France (paris).

10_ Marielle MARTIN, Revue française comptabilité, les contrats a distance (quelles conséquence juridiques?), n 349 / 2002, France.

11_ Vernon PALMER, trois principes de la responsabilité sans faute (*), Revue internationale de droit comparé, n 04 octobre–décembre, 1987, France (paris).

3- الرسائل والمذكرات العلمية.

أولاً: الرسائل والمذكرات باللغة العربية.

أ- الرسائل:

1_ حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الانترنت (البريد المرئي) دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/2010.

2_ عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر . باتنة . كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012 . 2013.

3_ كوثر زهدور، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران كلية الحقوق، 2012 . 2013.

4_ لطيفة مازوني، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري كلية الحقوق بتيزي وزو، 2011/07/03.

5_ ميهوب سماح، أثر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على الأداء التجاري والمالي للمصارف الفرنسية (حالة نشاط البنك عن بعد)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، جامعة قسنطينة 2 _ كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير، 2013_2014.

ب - المذكرات:

1_ أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2013 و 2014.

2_ سامية براهيم، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري كلية الحقوق . قسنطينة، 2007 . 2008.

3_ يمينة بوزبوجة، المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011 . 2012.

4_ حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس (فلسطين)، 2011.

- 5_ عبد الحفيظ خرشف، حق ذوي الحقوق في التعويض، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية. جامعة الجزائر 1. كلية الحقوق بن عكنون الجزائر.
- 6_ كوثر زهدور، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران كلية الحقوق، 2007 و 2008.
- 7_ صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (كلية العدالة الجنائية)، الرياض، 1435 هـ. 2014 م.
- 8_ سهيلة طمين، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري. تيزي وزو، 2011.
- 9_ فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود معمري. تيزي وزو. كلية الحقوق والعلوم السياسية، 30 / 09 / 2012.
- 10_ نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون. جامعة مولود معمري كلية الحقوق. تيزي وزو، 2012.
- 11_ رانيا ناصر، تقدير التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران 2 أحمد بن أحمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر (وهران)، 2014. 2015.
- 12_ نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النهريين (جامعة صدام. سابقاً) كلية الحقوق، 2001/07/30.

13_ نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط. كلية الحقوق، 2012.

14_ يوسف واقد، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق. تيزي وزو، 2011/05/09.

15_ وليد محمد بخيت الوزان، "إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع"، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

16_ وسيلة لزعر، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 1، 2010. 2011.

ثانياً: الرسائل والمذكرات باللغة الفرنسية:

أ- الرسائل:

1_ Claude BOURGEOS, l'anonymat et les nouvelles technologies de l'information, thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université paris v_rene des cartes **U.F.R** de droit, présentée et soutenue publiquement le 24 septembre 2003, paris.

2_ Djamila MAHI-DISDET, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, thèse de doctorat – l'académie d'Aix – Marseille – Université D'AVIGNON et des pays de VAUCLUSE, France, 2011.

3_ Ying JIANG, Etude comparée de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en france et en chine, thèse pour l'obtention du diplôme de doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 12 juillet 2010, Paris.

4_ Yousef SHANDI, la formation du contrat a distance par voie électronique, doctorat nouveau régime mention "droit privé", université ROBERT SCHUMAN STASBOURG 03, faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, soutenue publiquement le 28 juin 2005, paris.

ب . المذكرات:

1_ François CHARLET, Responsabilité en droit d'auteur des intermédiaires: de l'hébergeur aux plateformes interactives, mémoire présenté pour l'obtention de la maîtrise universitaire en droit, université de Lausanne, faculté de droit et des sciences criminelles, juin 2012, suisse.

2_ Kamel MEHDAOUI, la formation du contrat électronique international: le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, université du Québec a Montréal, mars 2010.

3_ Harize ASMAA, signature électronique "étude compare", mémoire DPGS "diplôme de poste de graduation spécialisée" en droit international des affaires, université d'Oran ES_SENIA faculté de droit, présentée et soutenue publiquement le 2007/ 2008.

4- البحوث والدراسات.

أولاً: البحوث والدراسات والملتقيات باللغة العربية:

1_ علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، كلية القانون جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات.

- 2_ عيسى الصمادي، الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني (عبر شبكة الانترنت)، دراسات قانونية (دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية)، العدد 06 فيفري 2010 م - الربيع الأول 1431 هـ، الجزائر.
- 3_ مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، تقرير التطبيقات حول " طرق الدفع عبر الحدود (الحالية والناشئة) وإمكانية استغلالها في عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب "، 2007.
- 4_ مؤتمر "التجارة الإلكترونية...تجارة بلا حدود" بالتعاون مع غرفة تجارة الأردن، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عمان (المملكة الأردنية الهاشمية)، 2010.
- 5_ يوسف بن عبد الله العريفي، الملتقى العدلي الأول " وسائل الإثبات في القضاء " الغرفة التجارية - الأحساء إنتركونتننتال (السعودية)، 1434 هـ.

ثانيا: البحوث والدراسات باللغة الفرنسية:

1_ Carole AUBERT, la nouvelle loi sur la signature électronique et le droit du bail, 14eme séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel (suisse), 2006.

5- النصوص القانونية.

أولا: النصوص القانونية باللغة العربية.

أ- النصوص التشريعية:

1_ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 للأمم المتحدة.

2_ القانون الأردني المؤقت رقم 85 سنة 2001 خاص بالمعاملات الالكترونية.

3_ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع لسنة 2001 للأمم المتحدة.

4_ قانون إمارة دبي رقم 02 سنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

5_ القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

6_ قانون رقم 11_17 مؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1439 الموافق 27 ديسمبر سنة 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76 المؤرخ في 09 ربيع الثاني عام 1439هـ الموافق 28 ديسمبر سنة 2017 م.

ب - النصوص التنظيمية:

أ - الأوامر:

1_ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2_ الأمر رقم 11/03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، المؤرخ 28 جمادى الثانية عام 1424هـ الموافق 27 غشت سنة 2003.

ب - المراسيم:

1_ المرسوم التنفيذي رقم 07-162، مؤرخ في 30 مايو سنة 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

2_ مرسوم سلطنة عمان رقم 69/2008 المتعلق بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.

ثانيا: النصوص القانونية باللغة الفرنسية.

1_ loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

2_ loi n 2008- 08 sur les transactions électroniques en france.

3_ Loi fédérale complétant le code civil Suisse, du 30 mars 1911 (état le 01er janvier 2014).

6- الاجتهاد القضائي (الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا).

أ. الاجتهادات القضائية باللغة العربية.

1_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 2001/01، سنة 2001.

2_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 2002/02، سنة 2002.

3_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 2005/02، سنة 2005.

4_ مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2008.

5_ المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 02، سنة 2008.

6_ مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2009.

7_ مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 2011.

ب - الاجتهادات القضائية باللغة الفرنسية.

1_ cour de cassation, (pourvoi n 07/17622), 15 février 2009.

2_ cour d'appel de paris pole 05, chambre 02, n 08/12820, 03 septembre 2010.

7- الاتفاقيات الدولية:

1_ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، كانون الثاني/يناير 2011.

الفهرس:

الصفحة	الموضوع:
01	مقدمة:
08	الباب الأول: العقد الإلكتروني
10	الفصل الأول: النظام القانوني للعقد الإلكتروني
10	المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني
11	المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني
11	الفرع الأول: التعاريف الفقهية للعقد الإلكتروني
13	الفرع الثاني: تعاريف التشريعات المقارنة للعقد الإلكتروني
20	المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود
20	الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني
20	أولاً: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد
21	ثانياً: العقد الإلكتروني عقد يغلب عليه الطابع الدولي والتجاري
23	ثالثاً: العقد الإلكتروني من عقود الإذعان
24	الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المشابهة له
25	أولاً: تمييز العقد الإلكتروني بحسب طريقة انعقاده
26	ثانياً: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية
26	أ - عقد استخدام الشبكة:
27	ب - عقد الإيجار المعلوماتي:
28	ثالثاً: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الافتراضي
30	المبحث الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني
30	المطلب الأول: التراخي والشكالية في العقد الإلكتروني
31	الفرع الأول: التراخي في العقد الإلكتروني
31	أولاً: توافق الإرادتين وتحديد زمان ومكان تطابقهما
31	أ - توافق الإرادتين (تطابق الإيجاب والقبول):
32	1-الإيجاب الإلكتروني:
33	2-القبول الإلكتروني:
34	ب - تحديد زمان ومكان تطابقهما:

35	1- زمان انعقاد العقد الإلكتروني:
35	نظرية إعلان القبول:
35	نظرية تصدير القبول:
36	نظرية استلام القبول:
36	نظرية العلم بالقبول:
36	2-مكان انعقاد العقد الإلكتروني:
38	ثانيا: صحة التراضي في العقد الإلكتروني
38	أ - الأهلية:
39	ب - عيوب الرضا:
40	1- عيب الغلط:
41	2- عيب التدليس:
43	3- عيب الإكراه:
44	4- عيب الإستغلال (الغبن):
46	الفرع الثاني: الشكلية في العقد الإلكتروني
49	المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الإلكتروني
49	الفرع الأول: المحل في العقد الإلكتروني
51	أولا: أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت موجودا أو ممكن الوجود
52	ثانيا: أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت معينا أو قابلا للتعين
54	ثالثا: أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت مشروعا
55	الفرع الثاني: السبب في العقد الإلكتروني
55	أولا: مشروعية السبب في العقد الإلكتروني
56	ثانيا: شروط السبب في العقد الإلكتروني
59	الفصل الثاني: حجية العقد الإلكتروني في الإثبات والتنفيذ
59	المبحث الأول: حجية العقد الإلكتروني في الإثبات
61	المطلب الأول: الكتابة والتوقيع الإلكترونيين
62	الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية
62	أولا:تعريف الكتابة الإلكترونية
66	ثانيا:شروط الكتابة الإلكترونية
67	أ - أن يكون المحرر الكتابي مقروءا:

67	ب - استمرارية الكتابة:
68	ج - الثبات:
69	الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني
69	أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني
73	ثانياً: صور وأشكال التوقيع الإلكتروني
74	أ - التوقيع البيومتري:
75	ب - التوقيع بالقلم الإلكتروني:
76	ج - التوقيع الرقمي أو الكودي:
77	المطلب الثاني: التوثيق الإلكتروني
77	الفرع الأول: ماهية التوثيق الإلكتروني
78	أولاً: تعريف التوثيق الإلكتروني
80	ثانياً: أنواع شهادات التصديق الإلكتروني
83	الفرع الثاني: إجراءات التوثيق الإلكتروني
84	أولاً: إجراءات التوثيق المعتمدة
85	ثانياً: الإجراءات المقبولة تجارياً
87	ثالثاً: الإجراءات المتفق عليها بين الأطراف
88	المبحث الثاني: قوة العقد الإلكتروني في التنفيذ
89	المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة
89	الفرع الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة
95	الفرع الثاني: التزام المتعاقد بتقديم أو أداء الخدمة
96	المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء إلكترونياً
97	الفرع الأول: نظام الدفع الإلكتروني
99	الفرع الثاني: وسائل الدفع الإلكتروني
102	أولاً: بطاقة الائتمان (الاعتماد)
104	أ - بطاقة الخصم أو بطاقة الدفع الفوري
104	ب - بطاقة الائتمان والحسم الآجل
105	ج - بطاقة الائتمان المتجدد
106	ثانياً: النقود الإلكترونية
108	أ - النقود الإلكترونية المجسدة في مخزن إلكتروني

108	ب - النقود الائتمانية الإلكترونية
111	ثالثا: الشيك الإلكترونية
115	الباب الثاني: المسؤولية المدنية الإلكترونية
118	الفصل الأول: المسؤولية التعاقدية الإلكترونية
119	المبحث الأول: أركان المسؤولية التعاقدية الإلكترونية
120	المطلب الأول: الخطأ التعاقدية الإلكتروني
120	الفرع الأول: تعريف الخطأ التعاقدية الإلكتروني
125	الفرع الثاني: صور الخطأ التعاقدية الإلكتروني
128	المطلب الثاني: الضرر التعاقدية وعلاقة السببية الإلكترونيين
129	الفرع الأول: الضرر التعاقدية الإلكتروني
135	الفرع الثاني: علاقة السببية الإلكترونية
138	المبحث الثاني: تعويض الضرر الإلكتروني
139	المطلب الأول: مفهوم التعويض الإلكتروني
139	الفرع الأول: تعريف التعويض الإلكتروني
139	أولا: التعريف اللغوي للتعويض الإلكتروني
139	ثانيا: التعريف الإصطلاحي للتعويض الإلكتروني
140	ثالثا: التعريف التشريعي للتعويض الإلكتروني
141	رابعا: التعريف الفقهي للتعويض الإلكتروني
144	الفرع الثاني: طرق التعويض الإلكتروني
145	أولا: التعويض العيني الإلكتروني
149	ثانيا: التعويض النقدي الإلكتروني
151	المطلب الثاني: تقدير التعويض الإلكتروني
151	الفرع الأول: التعويض الإتقائي الإلكتروني
155	الفرع الثاني: التعويض القضائي الإلكتروني
161	الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية
161	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن الفعل الشخصي
162	المطلب الأول: الخطأ التقصيري الإلكتروني
163	الفرع الأول: تعريف الخطأ التقصيري الإلكتروني
167	الفرع الثاني: صور الخطأ التقصيري الإلكتروني

169	المطلب الثاني: الضرر التقصيري وعلاقة السببية الالكترونيين
169	الفرع الأول: الضرر التقصيري الإلكتروني
172	الفرع الثاني: علاقة السببية الإلكترونية
177	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير والشيء
177	المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير
178	الفرع الأول: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه عبر الإنترنت
188	الفرع الثاني: مسؤولية متولي الرقابة عبر الإنترنت
194	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الشيء
194	الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية حارس الأشياء عبر الإنترنت
201	الفرع الثاني: أساس مسؤولية حارس الأشياء عبر الإنترنت
207	الخاتمة:
211	الملاحق:
214	قائمة المراجع:
237	الفهرس:

خص:

ية شبكة الإنترنت
في كافة المجالات وال
الحديثة،
هور العقود
أشكالها، وظهور وس
عن الإرادة الإ
عن مثيلاتها
أثناء التعا
الإنت.
رتب أضرار
والغير، تؤدي
وولية المدنية
ت قانونية بين الأطراف والغير، في ظل غياب تشريعي شا
نظم
رفات الإ
ة الحديثة.
العقو

Résumé

La propagation de l'Internet et les rapides évolutions qui en découlent touchent tous les domaines, y compris le traitement des contrats. Ainsi, il est apparu des contrats électroniques de toutes formes et des outils modernes pour assurer leurs conclusions en ligne, de manière fiable. Cependant, les contrats électroniques diffèrent de leur équivalent classique lorsque leur rédaction se fait sur l'Internet, entre interlocuteurs internationaux et locaux.

Parfois, des erreurs sont commises lors des procédures, ce qui peut induire des dommages pour les parties contractantes. Sur le plan contractuel et délictuel, si la responsabilité civile des deux parties contractantes, voire de tierces, est engagée suite à des litiges, il s'avère qu'aucune législation générale n'a été clairement établie afin de réguler ces contrats et actes électroniques et d'arbitrer les litiges.

Abstract:

The spread of the Internet and the rapid changes that result from affect all fields, including the processing of contracts. Thus, it appeared electronic contracts of all shapes and modern tools to ensure their conclusions online, reliably. However, electronic contracts differ from their traditional equivalent when they are drafted on the Internet, between international and local interlocutors.

Sometimes mistakes are made during the procedures, which can lead to damages for the contracting parties. On the contractual and delictual level, if the civil liability of both contracting parties, or even third parties, is engaged in litigation, it turns out that no general legislation has been clearly established to regulate these contracts and electronic acts and arbitrate disputes.